

REVISTA RIEC

REVISTA INTERDISCIPLINAR DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

DOSSIÊ
ESPECIAL

**DIREITO
PROCESSUAL
2022**



A FANS
FACULDADE DE NOVA SERRANA

Vol. 01 - Edição 12 | Setembro de 2022



CONSELHO EDITORIAL

Presidente da Fund. Educ. Fausto Pinto da Fonseca

Adm. Roney Pedro Soares da Silva

Diretor da FANS – A Faculdade de Nova Serrana

Prof. Helder Mendonça Duarte

Gestora Administrativa da FANS

Profa. Vanusa Aparecida de Azevedo

Coordenadora de Pesquisa e Extensão

Profa. Franciane Machado Lamóia

Coordenador do Curso de Ciências Contábeis

Prof. Willian Antônio de Castro

Coordenador do Curso de Administração

Prof. Thiago Casemiro Mendes

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Harley Christian do Valle Silva

Coordenador do Curso de Psicologia

Prof. Ozéas da Silva Lopes Júnior

Coordenador do Curso de Pedagogia

Prof. Reginaldo Silva

Editorial da RIEC

Franciane Machado Lamóia – Editora Chefe

Hélder Mendonça Duarte

Vanusa Aparecida de Azevedo

Karina de Souza Dias

Revisão de periódico

Franciane Machado Lamóia

Obs.: A editoração da RIEC é uma das atividades executadas entre os entes já elencados em parceria com os Núcleos docentes Estruturantes dos cursos de Administração, Ciências Contábeis, Psicologia, Pedagogia e Direito da Faculdade de Nova Serrana. A autenticidade dos textos é de responsabilidade de seus autores, conforme critérios assumidos no momento da submissão.

APRESENTAÇÃO

Pensando em incentivar a pesquisa, o ensino e a extensão, visando o desenvolvimento da ciência, da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive.

Pensando ainda, em contribuir com o engrandecimento da cultura jurídica, para a democratização do conhecimento, de acesso público e gratuito, a **FANS – A Faculdade de Nova Serrana** lança a **12ª edição** da **REVISTA INTERDISCIPLINAR DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS – RIEC – Dossiê especial DIREITO PROCESSUAL**.

O objetivo desta edição é a socialização da vivência que cumpre o importante espaço de disseminar e de compartilhar saberes e interação entre a FANS e toda a sociedade acadêmica.

O dossiê especial em Direito Processual, se fez da junção de artigos dos alunos do curso de pós-graduação em Direito Processual da FANS e comunidade acadêmica, abrangendo todas as áreas do direito, criando um fértil espaço extensionista no qual docentes e discentes compartilham seus trabalhos.

Assim, desejamos a todos os leitores, uma ótima leitura, e que todos possam contemplar com bastante proveito os trabalhos aqui publicados.

Por **Franciane Lamóia**, Editora da RIEC.

Sumário

A CONJUNTURA AMBIENTAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DO AMBIENTE

Alexandre Luiz Alves de Oliveira.....05

A MÁXIMA EFETIVIDADE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO, COM A APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS, NA OBEDIÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE 1988

João Manoel Miranda Gomes dos Santos, Ciro Antonio Pereira Lemos34

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO POR MEIO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Luciélia Pereira de Almeida, Ciro Antônio Pereira Lemos.....46

A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITO E SUA ATUAL REVOLUÇÃO

Marieli Laura Ambrozio Gabarti, Ciro Antônio Pereira Lemos.....65

DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA DIANTE A IMPOSSIBILIDADE DE PERÍCIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Ciro Antônio Pereira Lemos, Karen Cristina Rodrigues Torres Carvalho, Patrícia de Oliveira Rodrigues.....79

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DA RESOLUÇÃO DE CONFLITO

Alexandre Ramos de Oliveira Santos, Milton Teixeira Chaves Júnior, Ciro Antônio Pereira Lemos.....95

O ACESSO À JUSTIÇA DA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Rodrigo César da Silva, Karoliny de Cássia

Faria.....107

A OBRIGATORIEDADE DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO EM RAZÃO DA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL QUANTO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Michele Meireles Santos, Ciro Antônio Pereira Lemos.....124

OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO E O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 794, A, §4º DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Jane Chirley Brandão, Marilene Aparecida Santos, Ciro A. Pereira Lemos137

A CONJUNTURA AMBIENTAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DO AMBIENTE

Alexandre Luiz Alves de Oliveira¹

RESUMO

Este texto realiza uma análise da conjuntura do meio ambiente e sua tutela pelo Direito. São relatados os principais problemas vivenciados na atualidade como a questão da água, dos resíduos, da depleção da camada de ozônio, do consumismo exacerbado, entre outros. É destacado o surgimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como uma das perspectivas dos direitos humanos e seu desenvolvimento na legislação.²

PALAVRA-CHAVE: Conjuntura ambiental. Meio Ambiente. Direito Humanos. Direito Ambiental.

ABSTRACT

This text carries out an analysis of the conjuncture of the environment and its protection by law. The main problems experienced today are reported, such as the issue of water, waste, depletion of the ozone layer, exacerbated consumerism, among others. The emergence of the right to an ecologically balanced environment is highlighted as one of the perspectives of human rights and its development in legislation.

KEYWORD: Environmental context. Environment. Human Rights. Environmental Law.

INTRODUÇÃO

O momento histórico atual é caracterizado por diversas e inconstantes transformações que escapam, inúmeras vezes, à devida análise e compreensão. Modificações tecnológicas, desenvolvimentos científicos, alterações na estrutura social e na cultura vêm e vão repentinamente. O ser humano está sempre desatualizado diante dessas novas e incessantes novidades.

Esse desenvolvimento científico-tecnológico vertiginoso traz como corolário um novo dilema para a humanidade: o risco. Não que em outros momentos da história humana não existisse o risco, contudo, na sociedade pós-moderna, o risco assume proporções gigantescas. As situações de perigo não respeitam previsões, classes sociais, fronteiras e delimitações temporais. Os riscos das atividades atuais provocam, de tal maneira, uma insegurança e uma intranquilidade percebidas por todos.

Desses vários riscos presentes na sociedade da modernidade tardia, destacam-se os riscos dos danos provocados ao meio ambiente. A manipulação genética, a depleção da camada de ozônio, o efeito estufa, o

¹ Especialista em Temas Filosóficos. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito. Professor e advogado.

² Texto baseado na dissertação inédita de mestrado do próprio autor apresentada à ESDHC em 2014.

desmatamento desenfreado, etc., têm consequências incertas para o futuro da humanidade. O cidadão, aflito, clama pela defesa do meio ambiente.

Com o intuito de proteger o meio ambiente e, conseqüentemente, garantir a continuidade da vida na Terra, são editados diversos diplomas legais. Objetiva-se estabelecer regras que permitam a preservação e a conservação do meio ambiente, disciplinando sua utilização com a necessária prudência. Assim, após a segunda metade do século XX um novo ramo do Direito se impõe: o Direito Ambiental. O Direito do Ambiente constitui um direito humano fundamental de terceira geração cuja observância é decisiva para a perpetuação da vida na Terra.

DESENVOLVIMENTO

1 A conjuntura ambiental – danos ao meio ambiente

Constatação de fácil observação é que o homem realiza modificações substanciais ao meio ambiente que, no momento atual, são de imprecisas previsões. As relações do homem com o meio, principalmente após a Revolução Industrial, modificaram-se enormemente. O ser

humano, de dominado, passou para “dominante” e, nessa nova relação, passou a explorar os recursos naturais de forma irresponsável. O século passado foi pródigo em problemas ambientais oriundos dessa nova perspectiva e este, que se descortina, terá como imperativo, para a existência da vida, que ser diferente. Verificam-se diversos danos ambientais que exigem a atenção e o cuidado de toda a coletividade, a fim de que seja preservado o futuro.

A primeira questão a ser levantada refere-se ao enorme aumento populacional ocorrido após a Revolução Industrial. Ávila Coimbra (2002), ao comentar as transformações sociais ocorridas na Inglaterra do final do século XVIII, exterioriza a situação populacional daquele período, que serve de paradigma para todas as demais sociedades:

Sabemos que entre as engrenagens da Revolução Industrial figuram a mecanização dos sistemas produtivos, o aumento da produção e a concentração populacional. Basta citar dois exemplos da Inglaterra para nos darmos conta, por alto, das convulsões geradas naqueles tempos. Londres, em finais do

século XVIII, tinha mais de um milhão de habitantes; meio século depois já contava com dois milhões e meio; superando, então, qualquer cidade do mundo antigo e moderno.

Manchester, em 1760, tinha doze mil habitantes; com sua industrialização rápida, a metrópole da indústria têxtil já abrigava quatrocentas mil pessoas, sessenta anos mais tarde. (COIMBRA, 2002, p. 394).

Nos dias atuais, a situação não é nem um pouco diferente. O número de habitantes da Terra duplicou em somente quarenta anos. Hoje, calcula-se que a população do planeta ultrapasse o número de sete bilhões³ de pessoas. No Brasil, o censo de 2010⁴ apontava para a existência de mais de cento e noventa milhões de brasileiros. Esse gigantesco contingente populacional traz uma enorme pressão sobre todos os recursos naturais. Chris Wold (2003) resume bem a questão da seguinte forma:

Existem hoje cerca de seis bilhões de

pessoas no planeta, exercendo considerável pressão sobre os recursos ambientais. Com efeito, o consumo de combustíveis fósseis aumentou quatro vezes no mesmo período, assim como a produção de bens manufaturados. Por outro lado, em razão do processo de desertificação, aproximadamente sete milhões de hectares de terrenos agriculturáveis são perdidos a cada ano, o que significa uma diminuição considerável na capacidade de se produzir alimentos. Da mesma forma, a atividade pesqueira vem dando sinais de exaustão, com 70% das diferentes espécies fornecedoras de pescado em declínio ou sendo pescadas no limite da capacidade de produção. (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 5).

Obrigatória é uma elevação da produção agropecuária para fazer frente a essa demanda e, conseqüentemente, um crescimento no

³ A população do planeta Terra atingiu 7,2 bilhões de pessoas, informa a Organização das Nações Unidas (ONU) no estudo "Perspectivas de População Mundial", divulgado em 13.06.2013. E, de acordo com as projeções de crescimento demográfico

apresentadas pela entidade, a população mundial deve chegar a 8,1 bilhões de pessoas em 2025 e 9,6 bilhões em 2050. (Jornal Estadão, 2013).

⁴Fonte: IBGE (Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia), 2010.

número de desmatamentos⁵. A necessidade de alimentos é cada vez maior, seja para o próprio uso humano ou para a criação de animais. A produção alimentícia, ainda que com o incremento de várias tecnologias, vem demonstrando saturamento.

O aumento populacional traz consigo uma grande adversidade. Crescendo o número de pessoas, necessariamente exige-se mais água. Água para o consumo humano, para o consumo dos animais, para a produção industrial e para a agricultura. Apesar de o planeta Terra ser constituído de três quartos de água, apenas 3% são de água doce e, o que é mais grave, 80% desse total encontram-se congelados nos polos⁶. Romeu Thomé (2012) faz uma analogia interessante em relação à questão da água: “Se pegarmos uma garrafa de 1,5 litro de água para dividi-la na proporção encontrada no planeta, a quantidade de água doce disponível seria equivalente a uma única e insignificante gota.” (THOMÉ, 2012, p. 38).

Soma-se a essa problematidade outro dilema. Além de uma exigência por uma quantidade

maior de água, observa-se a perda de sua qualidade. O descarte inapropriado de produtos, quer pela sua quantidade, quer pela sua qualidade, não vem permitindo autodepuração da água. “O aumento dos resíduos industriais, agrícolas e domésticos veio provocar a saturação das capacidades de autodepuração dos rios e das ribeiras, que passam, assim, a conter substâncias químicas que não conseguem depurar” (HENNION, 1993, p. 63). Assim, a pequena quantidade disponível restante é mal utilizada, o que provocará, brevemente, a “escassez” desse recurso natural.

A elevação populacional provoca mais um transtorno: a necessidade de mais produtos. Para a fabricação de mais bens, necessário é o uso de mais matérias-primas. Assim, para a produção de mais mesas, necessita-se de mais madeira; para a produção de mais automóveis, necessita-se de mais minério de ferro; para a produção de mais plástico, necessita-se de mais petróleo. Novamente, o ambiente sente a pressão pela necessidade de consumo de mais madeira, mais minerais, mais

⁵ No Brasil, a situação ainda é agravada pela utilização recorrente de queimadas em práticas de desmatamentos.

⁶ Celso Pacheco Fiorillo traz os seguintes dados: “A sua forma líquida constitui cerca de 97,72% da encontrada na biosfera, sendo 97% salgada e somente 0,72% doce”. (FIORILLO, 2007, p. 142).

combustíveis, ou seja, mais recursos. O crescimento da população gera uma preocupação pela finitude dos recursos naturais.

A explosão demográfica coloca as relações da sociedade humana com o Meio Ambiente em clima de crescente tensão, pois está em jogo a sobrevivência da espécie. Entretanto, novas necessidades afloram à consciência e ao dia-a-dia da humanidade, algumas delas supérfluas e provocadas artificialmente. (COIMBRA, 2002, p. 49).

Observando o Relatório Planeta Vivo 2010⁷, com base no índice de pressão ambiental que cada ser humano provoca no mundo, Édís Milaré (2013) conclui que a “humanidade está fazendo um saque a descoberto sobre os recursos naturais da Terra, consumindo cerca de 30% além da capacidade de suporte e reposição.”⁸ (MILARÉ, 2013, p. 227). De tal maneira, para que o planeta Terra pudesse “repor” os recursos extraídos,

seria necessária uma redução do consumo em um terço. Não basta, tão somente, uma manutenção do consumo, é imperativo um refreamento. E o caso em tela refere-se aos recursos naturais renováveis, pois os recursos naturais não renováveis já se perderam.

Como se não fosse suficiente o simples aumento da quantidade de habitantes a um nível nunca observado na história, verifica-se que o estilo de vida adotado é marcado por um desejo de consumo conspícuo. A sociedade capitalista⁹ almeja um aumento do consumo e, conseqüentemente, um crescimento do lucro. Nota-se, claramente, que a sociedade, especialmente a ocidental, é marcada pela cultura do desperdício. Os bens não são mais duráveis e, ademais, são criadas necessidades efêmeras e supérfluas. A publicidade amplia e cria, a todo instante, carências injustificáveis. Como bem observa Édís Milaré (2011):

As distorções do consumo, em diferentes graus e

⁷ Elaborado pela Rede WWF (Fundo Mundial para a Vida Selvagem).

⁸ Édís Milaré faz uma analogia interessante com o uso descuidado do cheque especial: “[...] ele permite gastar mais dinheiro do que se tem no Banco, mas depois pagam-se juros escorchantes. No caso do planeta, esses juros incidem em forma de

envenenamento dos oceanos e da atmosfera pelo CO₂, extinção de espécies, diminuição das reservas de água potável [...] (MILARÉ, 2013, p. 226).

⁹ Em todos os períodos do capitalismo, seja no capitalismo liberal, no capitalismo organizado ou no capitalismo desorganizado. (classificação de Boaventura de Sousa Santos, 1999).

modalidades, têm gerado sérios problemas até chegar ao consumismo, que consiste numa mentalidade arraigada em hábitos mórbidos, mais ou menos compulsivos, que embotam a consciência do cidadão consumista, impedindo-o de fazer sequer a menor autocrítica. (MILARÉ, 2011, p. 92).

Cristiane Derani (2008) explicita bem a questão, mencionando que o modelo da economia capitalista, que apregoa a necessidade sempre presente do crescimento quantitativo, não se coaduna com uma ideia de preservação ambiental. O sistema capitalista exige uma elevação crescente dos lucros para concretização de mais lucros futuros.

Crescimento zero, como é apregoado por muitos ideólogos da proteção do meio ambiente, é totalmente incoerente com a lógica apresentada. A simples paralisação do crescimento implica a queda do valor do capital. Uma renúncia ao crescimento conduziria, pela manutenção da taxa

de lucro, a uma queda do capital. [...] O ser do dinheiro é sua multiplicação. (DERANI, 2008, p. 85).

A situação é como uma bola de neve. O aumento da quantidade de pessoas e a potencialização do desejo para um maior consumo traz mais um infortúnio: a questão dos resíduos¹⁰. Como lidar com a enorme quantidade de lixo residencial e industrial originada do descarte cotidiano? A reciclagem ainda é precária e incipiente e não consegue, nem de longe, atender a demanda. A decomposição dos produtos industriais processa-se na casa de dezenas e centenas de anos. O aço leva mais de cem anos para decompor; o alumínio, de duzentos a quinhentos anos; o plástico por volta de quatrocentos anos, enfim, verifica-se um acúmulo de lixo que cresce exponencialmente. É como bem analisa, novamente, Édis Milaré (2011):

A problemática de resíduos sólidos está mais definida, todavia mais complexa; e não poderia ser diferente, porquanto ela reflete o estágio de civilização em que

¹⁰ “O termo resíduo sólido, como entendemos no Brasil, significa lixo, refugo e outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais provenientes de operações industriais, comerciais e agrícolas e de atividades da comunidade, mas não inclui materiais sólidos ou

dissolvidos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes sólidos dissolvidos ou suspensos na água, encontrados nos efluentes industriais, e materiais dissolvidos nas correntes de irrigação ou outros poluentes comuns de água”. (MACHADO, 2010, p. 577).

nos encontramos. Verdade é que essa questão tornou-se mais grave e, em nossos dias, acende alarmes de urgência. É fácil de entender, mas difícil de aceitar e solucionar, a sobrecarga que lhe foi acrescentada, devida a ingentes pressões: descontrolado aumento populacional, concentrações urbanas sempre mais numerosas e maiores; a impensável variedade de atividades modernas com correspondente demanda por insumos e descarte de resíduos; os excessos de consumo e a intemperança consumista [...] (MILARÉ, 2011, p. 853).

Além das adversidades ocasionadas pelo uso inapropriado dos recursos naturais, não podem ser olvidados, também, os problemas ambientais provocados por acidentes. Merecem ser citados os casos da liberação de gás químico em Seveso, o vazamento do petroleiro Amoco Cadiz, a explosão da plataforma petrolífera no Golfo do México e, talvez o mais grave de todos, a explosão do reator nuclear em Chernobil em 1986. No Brasil, a liberação do céσιο 137 em Goiânia foi considerada, por alguns, como o

segundo maior acidente radioativo do mundo.

Devido à utilização tão equivocada dos recursos naturais, não tardou o homem a colher os frutos dessa atitude. O meio ambiente não suporta mais passivo o custo da Revolução Industrial. A resposta do planeta a esse paradigma de sociedade já está sendo apresentada. Além de outras adversidades, a humanidade já se depara com dois problemas sérios que, devido a sua importância, devem ser destacados: a depleção da camada de ozônio e o aumento do efeito estufa.

A utilização por anos a fio do CFC (gás cloro-flúor-carbono), sem nenhum controle, casou o conhecido buraco na camada de ozônio. Descoberto na década de setenta, calcula-se que a deterioração da camada de ozônio é de 28,3 milhões de quilômetros quadrados. Como bem compara Romeu Thomé (2012), o tamanho do esgarçamento é de três vezes o território brasileiro. Responsável por evitar/filtrar a incidência dos raios ultravioletas, a camada de ozônio exerce papel vital para a vida na terra. Com a sua diminuição, a possibilidade de queimaduras e câncer de pele aumenta demasiadamente.

O efeito estufa é outra preocupação importante, também ocasionado pela utilização equivocada dos recursos naturais. Essencial para manter a temperatura terrestre na casa dos trinta graus *celsius*, o seu aumento é extremamente catastrófico. A elevação da temperatura global devido à emissão constante de gases produtores do efeito estufa (dióxido de carbono, metano e óxido nitroso) provoca o derretimento das calotas polares e, conseqüentemente, o aumento do nível do mar, a modificação das correntes marítimas e o aumento do processo de desertificação. Várias cidades litorâneas e ilhas correm risco de desaparecer¹¹. O aumento da temperatura global é de conseqüência incalculável.

José Alfredo Baracho Júnior (2008) constata, sinteticamente, todas essas observações:

A exploração desordenada ou descontrolada de recursos ambientais tem gerado conflitos de diversas ordens

ambientais. Conflitos de ordem econômica na medida em que a exploração desordenada ou descontrolada de determinado recurso ambiental pode gerar seu exaurimento, ou a impossibilidade de reprodução de outro, dele dependente, na medida em que os recursos ambientais se relacionam em cadeia. [...] Do ponto de vista social, conflitos surgem em razão da deterioração da qualidade de vida. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 29).

Diante desses danos ambientais tão vertiginosos, verifica-se a impossibilidade de o planeta manter esse paradigma de exploração. Os danos ambientais e a sociedade de risco exigem uma modificação do Estado e do Direito. Fundamental é a adoção de uma nova perspectiva; um paradigma¹² que contemple o crescimento econômico, a equidade social, mas, sobretudo, não deixe de atender a preservação do meio ambiente (Desenvolvimento¹³

¹¹ Refugiados ambientais.

¹² Jorge Miranda, ao observar o panorama político-constitucional do início do século XXI constata o período de transformações e instabilidade atual: “[...] deparam-se, porém, a degradação da natureza e do ambiente, as desigualdades econômicas entre países industrializados e países não-industrializados, as situações de exclusão social mesmo em países mais ricos, a manipulação comunicacional, a cultura consumista de massas, a erosão de certos valores

éticos familiares e políticos”. (MIRANDA, 2002, p. 55).

¹³ Desenvolvimento entendido por José Eli da Veiga: “O desenvolvimento tem a ver, primeiro e acima de tudo, com a possibilidade de as pessoas viverem o tipo de vida que escolheram, e com a provisão dos instrumentos e das oportunidades para fazerem as suas escolhas. E, ultimamente, o Relatório do Desenvolvimento Humano tem insistido que essa é uma ideia tão política quanto econômica. Vai desde

Sustentável); um modelo que concilie essas três necessidades humanas fundamentais. Assim, visando atender a essa necessidade, observa-se, a partir da década de setenta, o surgimento de uma legislação de cunho ambiental. Leis que procuraram trazer a proteção do ambiente como preocupação central. Leis que viriam para regular essas novas condutas prejudiciais ao ser humano e à natureza.

2 Conceito de Meio Ambiente¹⁴

Um conceito que deve ser observado, antes da análise de como o direito versa sobre o problema dos danos ambientais, é o de meio ambiente. Uma compreensão da definição de meio ambiente permite um melhor entendimento do objeto que o Direito Ambiental visa tutelar.

A locução meio ambiente (*milieu ambiant*) foi originariamente empregada pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire, no livro Estudos Progressivos da Natureza,

(*Études progressives d'un naturaliste*) em 1835. Observa-se, entretanto, que o termo somente veio a ganhar repercussão com sua utilização por Augusto Comte, em seu Curso de Filosofia Positiva¹⁵. Essa expressão apresenta mais de uma conotação, merecendo, de tal forma, uma melhor especificação.

Dentro de uma significação técnica ou científica, meio ambiente é a “combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão”. (MILARÉ, 2013, p. 135).

No âmbito jurídico, meio ambiente apresenta duas concepções principais¹⁶. Dentro de uma perspectiva estrita, o meio ambiente seria sinônimo de recursos ambientais¹⁷. É constituído pela atmosfera, pelas águas interiores, superficiais e subterrâneas, pelos estuários, pelo mar territorial, pelo solo, pelo subsolo, pelos elementos da biosfera, pela fauna e pela flora. Resume-se ao ambiente natural. Já pela perspectiva ampla¹⁸, não se limita aos aspectos naturais ou físicos.

a proteção dos direitos humanos até o aprofundamento da democracia”... (VEIGA, 2010, p. 81).

¹⁴ A utilização do vocábulo meio ambiente pode dar margem à discussão sobre a redundância da utilização de dois termos que são sinônimos. A expressão, no entanto, encontra-se consagrada tanto na língua portuguesa quanto no meio jurídico.

¹⁵ De acordo com Édis Milaré, em sua obra Direito do Ambiente, 2013, p. 133.

¹⁶ Luís Paulo Sirvinskis (2010) relata não haver consenso sobre o conceito jurídico de meio, entretanto, destaca a ampla predominância da aceitação da perspectiva ampla.

¹⁷ Definido na art. 3º, V, da Lei nº 6.938/81.

¹⁸ Posição majoritária da doutrina pátria.

Compreende-se na ideia de meio ambiente tanto o meio ambiente natural quanto o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente do trabalho.

O meio ambiente natural ou físico, dessa forma, é constituído pelos recursos ambientais. Pode ser resumidamente traduzido pelo meio ambiente que não sofreu alteração operada pelo homem. É a natureza no sentido vulgarmente usado. O meio ambiente artificial contrapõe-se ao natural. Ele advém de alterações que o homem realiza na natureza. É sinônimo de meio ambiente urbano (cidades), constituído pelas edificações e equipamentos públicos. O meio ambiente cultural é consubstanciado pelo patrimônio histórico, estético, artístico, arqueológico, que fazem referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade (art. 216 da Constituição Federal). Por fim, o meio ambiente do trabalho é a conservação do local onde o homem exerce sua atividade laborativa. “Com isso, conclui-se que a definição de meio ambiente é ampla, devendo-se observar que o

legislador optou por trazer um conceito jurídico indeterminado, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma”. (FIORILLO, 2007, p. 21).

A conceituação legal de meio ambiente, por sua vez, formulada pela Política Nacional do Meio Ambiente, é estabelecida pelo art.3º, I, da Lei nº 6.938/81: “Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”.

A resolução 306/02 do CONAMA¹⁹ complementa o conceito legal, observando a percepção ampla de meio ambiente e trazendo os seus aspectos: “Resolução 306/02: conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”.

Importante, também, serem mencionadas as conceituações de meio ambiente de alguns doutrinadores. Beatriz Souza Costa (2010) expõe uma abordagem

¹⁹Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é órgão consultivo e deliberativo com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas

governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

solidária²⁰ de meio ambiente que merece ser reproduzida: “Meio ambiente é o conjunto de elementos naturais e artificiais partilhados com seres humanos e não humanos necessários ao desenvolvimento e sobrevivência dessas espécies de forma harmônica e solidária”. (COSTA, 2010, p. 57).

Uma percepção do conceito de meio ambiente, que destaca seus elementos, é feita por Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues (1997):

Concepção ampla que abarca tanto o meio ambiente natural (solo, água, ar atmosférico, flora, fauna, biosfera), como o artificial (espaço urbano construído- ruas, praças, áreas verdes e demais assentamentos de reflexos urbanísticos), cultural (patrimônio histórico, cultural, artístico, arqueológico e espeleológico) e do trabalho (relações entre o local de trabalho e o meio externo em face da saúde/incolumidade físico-psíquica das pessoas). (FIORILLO;

RODRIGUES, 1997, p. 24).

Verifica-se, novamente, que, além da conservação da natureza, a preservação do meio ambiente engloba a proteção do meio ambiente artificial, cultural e do trabalho. José Afonso da Silva (2002), em seu livro *Direito Constitucional Ambiental*, traz uma definição interessante de meio ambiente, que nada mais é que a pedra angular do Direito Ambiental. Faz questão de mencionar, também, os aspectos culturais, claro, sem deixar de citar a proteção da natureza no seu sentido mais comum. Define o autor:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial²¹, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. (SILVA, 2002, p. 20).

E, por fim, é digna também de registro²² a conceituação de meio

²⁰ A resolução da ONU n. 37 de 1982 enuncia: “Toda forma de vida é única e merece ser respeitada, qualquer que seja sua utilidade para o homem e, com sua finalidade de reconhecer, aos outros organismos vivos este direito, o homem deve se guiar por um código moral de ação.” (COSTA, 2010, p. 56).

²¹ Para José Afonso da Silva, o meio ambiente do trabalho estaria inserido no meio ambiente artificial.

²² Observação feita, também por Édís Milaré em seu livro *Direito do ambiente* (2013, p. 136).

ambiente de Ávila Coimbra (2002), devido a sua abrangência e pelo seu destaque das implicações das relações humanas com tudo o que está a sua volta:

Meio ambiente é o conjunto dos elementos abióticos (físicos e químicos) e bióticos (flora e fauna), organizados em diferentes ecossistemas naturais e sociais em que se insere o Homem, individual e socialmente, num processo de integração que atenda ao desenvolvimento das atividades humanas, à preservação dos recursos naturais e das características essenciais do entorno, dentro das leis da natureza e de padrões de qualidade definidos. (COIMBRA, 2002, p. 32)

3 Direitos Humanos e o Direito fundamental²³ a um meio ambiente ecologicamente equilibrado²⁴

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (NAÇÕES UNIDAS, 1948). O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos representa um projeto da Humanidade. Uma busca de respeito a todos os indivíduos, independentemente de qualquer adjetivação. Não importa mais se a pessoa é branca ou negra, católica ou protestante, rica ou pobre. Todos os indivíduos são dotados de direitos mínimos que, de forma alguma, se pode negligenciar. De tal maneira, os seres humanos, sem exceção, possuem um atributo intrínseco: a dignidade. O que os Direitos Humanos

²³ Direitos fundamentais e direitos humanos usados nessa dissertação como sinônimos, sabendo, o autor, que vários doutrinadores dão significação diversa aos termos. “Geralmente, a distinção que se faz entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e que os primeiros são os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e que os segundos são aqueles aplicados diretamente gozando de proteção especial nas Constituições dos Estados de Direito. São provenientes do amadurecimento da própria sociedade”. (GUERRA, 2013, p. 29). Fábio Konder Comparato (2007), entretanto, tem uma visão diferente: “E aí se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais

pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos não declarados em textos normativos.” (COMPARATO, 2007, p. 58). Canotilho (2009) acompanha essa última linha de raciocínio: “Os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, juridico-institucionalmente garantidos e limitados espacial-temporalmente”. (CANOTILHO, 2009, p. 393).

²⁴ Art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

visam é a promoção da dignidade de todos os indivíduos.

Os Direitos Humanos²⁵ não surgiram todos em um único momento histórico. São frutos de lutas e revoltas, de conquistas e retrocessos. “Os elementos que compõem os direitos humanos não se desenvolveram na mesma época. Pelo contrário, tiveram seu desenvolvimento e apogeu em contextos históricos distintos.” (GUERRA, 2013, p. 56). “Os direitos fundamentais passaram na ordem internacional a manifestar-se em três gerações²⁶ sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo”. (BONAVIDES, 2009, p. 563) Assim, uma breve análise desses contextos permite a identificação de seus elementos basilares.

Nas décadas finais do século XVIII, o Liberalismo, como filosofia política, estabeleceu, como premissa maior, que o eixo principal da vida em comunidade deveria ser a liberdade²⁷.

“Uma sociedade livre é aquela que obedece às leis que ela própria estabelece e aos governantes por ela escolhidos.” (COMPARATO, 2007, p. 63) As pessoas deveriam poder escolher livremente sobre a religião, a corrente política, as convicções morais e, principalmente, como dispor de suas propriedades. A exigência maior do Liberalismo era uma abstinência do Estado na regulamentação da vida particular dos indivíduos e do mercado. Seria uma “prestação negativa” imposta ao Estado.

Esse Estado Mínimo, que procurou atender aos anseios da classe burguesa, pode ser caracterizado pelo *laissez-faire* (deixe fazer). A função do Estado se resumia, principalmente, em manter a segurança externa e interna e exigir e efetivar o que tivesse sido pactuado pelos particulares. De tal maneira, o mercado regularia suas próprias relações (mão invisível do mercado²⁸), sendo que as

²⁵ Entendidos, resumidamente, como: Os direitos humanos são aqueles direitos pertencentes a todos os indivíduos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. São os direitos que visam promover a dignidade humana.

²⁶ “Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”. (BONAVIDES, 2009, p. 562)

²⁷ Fábio Konder Comparato (2007) faz a mesma observação e ilustra com o artigo 1º da Declaração da Virgínia de 1776 que merece ser reproduzida: “Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.” (COMPARATO, 2007, p. 50).

²⁸ Adam Smith em “A Riqueza das nações”.

interferências realizadas pelo Estado seriam consideradas ingerências na vida dos particulares. “O capitalismo mercantil, com sua acumulação de riquezas e a necessidade de segurança das convenções comerciais, postulava a existência de um estatuto individual estável, assente numa larga autonomia do *homo economicus*”. (CANOTILHO, 2003, p. 385) Assim, por meio da Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e da Revolução Francesa de 1789 (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) superava-se o Estado Absolutista ou *Ancien Régime* (Antigo Regime), como bem relatado por Norberto Bobbio (1992):

Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada histórica do gênero humano. Um grande historiador da revolução, Georges Lefebvre, escreveu:

“Proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução”. (BOBBIO, 1992, p. 85).

Essa igualdade puramente formal de todos perante a lei, acarretou uma imensa desigualdade social e, conseqüentemente, péssimas condições de vida para a maior parte da população. Condições precárias de emprego, higiene, moradia, vestuário e alimentação fizeram eclodir várias revoluções populares, no desejo de uma melhor distribuição de renda. A maioria da população, assim, insuflada pelas críticas dos pensadores socialistas²⁹, tanto utópicos quanto científicos (Saint-Simon, Marx, Engels), inconformada, exigiu uma transformação da sociedade. A propriedade privada dos meios de produção e o livre comércio seriam a base da exploração do homem pelo homem.

A sociedade liberal ofereceu-lhe, em

²⁹ “Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta de classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em A Questão Judaica) põem em relevo a

unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível numa nova sociedade.” (CANOTILHO, 2003, p. 385).

troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram concebidos, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. (COMPARATO, 2007, p. 54).

Essas aspirações da classe proletária provocaram uma mudança de perspectiva das tarefas do Estado. O Estado não poderia ser, apenas, uma mera testemunha das mazelas sociais. O Estado não deveria, somente, respeitar e proteger as liberdades, mas teria uma obrigação, também, de promover uma igualdade material entre os indivíduos. Assim, procurar-se-ia assegurar, a todos as pessoas, condições mínimas para uma vida com dignidade. São impostas ao Estado “tarefas positivas”, como proporcionar alimentação, educação, saúde, vestuário, moradia, trabalho digno para todos os indivíduos necessitados. É o que foi denominado *Welfare State*,

Estado Providência ou Estado do bem-estar social. Desse novo paradigma de Estado, destacam-se a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que reconheceram os direitos sociais.

Foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialista fez atuar, a partir do século XIX, o princípio da solidariedade como dever jurídico, ainda que inexistente no meio social a fraternidade enquanto virtude cívica. A solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. (COMPARATO, 2007, p. 65).

Posteriormente, depois de percebidas as catástrofes cometidas na Segunda Guerra Mundial, constata-se uma nova preocupação com o “destino da humanidade”. Os horrores do holocausto e as bombas nucleares despejadas em Hiroshima e Nagasaki demonstraram o potencial destruidor do homem. O receio de um conflito bélico entre as grandes superpotências à

época (Estados Unidos e União Soviética) era iminente. Dessa situação³⁰, surge o desejo da paz e, conseqüentemente, os direitos de solidariedade e fraternidade. Constituem direitos destinados à proteção do gênero humano e, por isso, possuem uma natureza difusa. “Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.” (BONAVIDES, 2009, p. 569). Compreendem o direito à paz, à autodeterminação dos povos, à comunicação e, principalmente, à proteção do meio ambiente.

Percebidos estes direitos mínimos que deveriam ser assegurados a todos os indivíduos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³¹ tornou impreterível que todos os países signatários

efetivassem suas determinações. Todas as dimensões³² ou gerações dos Direitos Humanos devem ser fomentadas, estimuladas e respeitadas por nações que procurem cumprir o princípio da dignidade humana. Destaca-se do seu preâmbulo:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...] a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações [...] (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

³⁰ Contribui, também, para a percepção da necessidade de solidariedade entre os povos e nações o processo de descolonização ocorrido após-Segunda Guerra.

³¹A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento de referência na construção dos Direitos Humanos. Representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as nações elaboraram a Declaração que foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III). Suas determinações servem como normas comuns a serem efetivadas por todos os países. (NAÇÕES UNIDAS, 2012).

³² Karel Vasak, em palestra realiza no Instituto Internacional de Direitos do Homem, em

Estrasburgo, no ano de 1979, propôs uma classificação nas fases de reconhecimento dos direitos humanos, dividida em três gerações, conforme a marca predominante dos eventos históricos e das aspirações axiológicas que a elas deram identidade: a primeira, surgida com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, valorizava a liberdade; a segunda, decorrente dos movimentos sociais democratas da Revolução Russa, dava ênfase à igualdade; a terceira geração se nutriu das duras experiências sofridas pela humanidade durante a Segunda Guerra Mundial e da onda de descolonização que a se seguiu, refletindo os valores da fraternidade. (GUERRA, 2013, p. 58)

Fábio Konder Comparato (2007) observa que a Declaração Universal dos Direitos Humanos inaugurou uma nova fase na história da Humanidade. Fase esta, ainda, em desenvolvimento. “Não apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional. Afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade.” (COMPARATO, 2007, p. 57).

A partir desse instante, todas as dimensões dos direitos humanos devem ser perseguidas na promoção da dignidade humana. Tanto as liberdades e os direitos de participação política (primeira geração), os direitos sociais (segunda geração) e os direitos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a paz (terceira geração) são objetivos a serem perseguidos na promoção do atual Estado Democrático de Direito. Deve ser almejado pelo Estado brasileiro o crescimento econômico, a equidade social e a preservação ambiental. O cumprimento desses objetivos é, na verdade, a implementação das dimensões dos

Direitos Humanos. Somente se pode falar em Estado Democrático de Direito com a obediência destas gerações. Assim trata o assunto Norberto Bobbio (1992):

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: direito de viver num ambiente não poluído. (BOBBIO, 1992, p. 6).

Destaca-se a seguir a construção desse direito humano de terceira dimensão, ou seja, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio do Direito Ambiental.

4 A construção e a afirmação do Direito Ambiental³³

Primeiramente, verifica-se que o Direito Ambiental, como um conjunto

³³ Procura-se, apenas, fazer uma breve abordagem do processo de desenvolvimento histórico no Brasil e

no mundo, pois uma abordagem ampla não é imperativamente necessária para este trabalho.

de normas e princípios que objetivam tutelar o meio ambiente, é recente, não obstante alguns de seus elementos já fossem protegidos. Tanto no mundo, como no Brasil, a construção de um direito verdadeiramente do ambiente só veio a surgir após a década de 1970. “Abordar o meio ambiente como objeto do Direito é uma decorrência da transformação estrutural nas funções do Estado e do Direito, modificações estas que se configuram, basicamente, a partir da segunda metade do século XX”. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 27).

Apesar de diversas convenções que versavam sobre recursos ambientais³⁴, somente nos finais dos anos 60, os problemas do meio ambiente passaram a ser uma preocupação global. Sociedades civis dos Estados Unidos, Japão e Europa, assombrados pelas constatações científicas de danos irreversíveis à natureza, exigiam uma tomada de atitude. Assim, a questão dos danos ambientais popularizou-se e a pressão sobre os governantes foi inevitável. Esse é o contexto da Conferência de Estocolmo de 1972.

A Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, devido à sua importância, é considerada o marco inicial do Direito Ambiental internacional. Nela estiveram presentes: “113 Estados, representantes de praticamente todas as organizações intergovernamentais, 700 observadores enviados por quase 400 ONGs e cerca de 1.500 jornalistas”. (CRETELLA NETO, 2012, p. 131).

A questão inicial que ensejou a Conferência de Estocolmo de 1972 foi a poluição atmosférica. A chuva ácida e a poluição do ar eram sérias preocupações nos países centrais. Problemas, também, referentes à poluição da água e do solo, já inquietavam a população mundial, provocando protestos³⁵. Discussões sobre a pressão do crescimento populacional e a finitude dos recursos naturais, igualmente, estavam presentes. A grande controvérsia girava em torno de como conciliar o crescimento econômico com a preservação do meio ambiente.

Terminada a Conferência firmou-se uma Declaração sobre o

³⁴ Como, por exemplo, A Convenção para a Proteção dos Pássaros Úteis à Agricultura (1902) e o Tratado do Antártico firmado em 1959.

³⁵ O desastre (envenenamento das águas por mercúrio) em Minamata, no Japão, na década de 50

e o derramamento de petróleo, na costa da Inglaterra, provenientes da divisão do petroleiro Torrey Canyon em 1967, ilustram a situação.

Meio Ambiente Humano, constituída de 26 princípios, que serviu de referência para todo o mundo. Conjuntamente, estabeleceu-se um Plano de Ação, com 109 recomendações, que deveriam ser obedecidas por todos os países. Merecem ser destacados os princípios 1 e 7, que ilustram as conclusões finais:

Princípio 1

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

[...]

Princípio 7

Os Estados deverão tomar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam por em perigo a saúde do homem, os recursos vivos e a vida

marinha, menosprezar as possibilidades de derramamento ou impedir outras utilizações legítimas do mar. (CRETILLA NETO, 2012, p. 133).

Além dessa importante Declaração, não pode ser olvidado, que, logo após a Conferência de Estocolmo de 1972, foi criado o PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente). Essa agência, a partir de então, ficou responsável por incentivar a proteção do meio ambiente e estimular o desenvolvimento sustentável dos países.

Outra importante reunião que marcou a discussões mundiais sobre os problemas ambientais, foi a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento de 1992. Conhecida como Rio 92 ou ECO 92, além de confirmar as “propostas” da Declaração de Estocolmo (1972), explicitou importantes princípios para a proteção do meio ambiente como, por exemplo, o da precaução e o da avaliação de impacto ambiental.

Princípio 15

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas

capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

[...]

Princípio 17

A avaliação do impacto ambiental, como instrumento nacional, será efetuada para as atividades planejadas que possam vir a ter um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente e estejam sujeitas à decisão de uma autoridade nacional competente. (NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Da ECO 92 foram elaborados importantes documentos como: a Declaração do Rio (Carta do Rio), as Convenções sobre Diversidade Biológica e sobre a Mudanças do Clima e a Agenda 21.

Destaca-se, também, posteriormente, a Conferência das Partes (COP.3) realizada na cidade japonesa de Kioto em 1997. Essa Conferência procurou estabelecer

mecanismos concretos para a diminuição da eliminação dos gases que provocam o efeito estufa. Ao final, foi elaborado um documento, que ficou amplamente conhecido como Protocolo de Kioto³⁶, onde os países signatários se comprometiam com a redução das emissões de dióxido de carbono e demais gases de efeito estufa (THOMÉ, 2012).

Por fim, merecem ser destacadas A Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Johanesburgo 2002) e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável de 2012. Tais conferências procuraram aperfeiçoar e reafirmar os compromissos das anteriores, com a conservação e preservação do meio ambiente e, também, com a erradicação da pobreza.

No Brasil, desde as Ordenações Afonsinas³⁷ e por todo o período colonial e imperial, os recursos ambientais já eram tutelados, entretanto, não por uma perspectiva autônoma. Havia sempre um interesse imediato, geralmente econômico, e apenas mediatamente se protegia o

³⁶ Entrou em vigor em 2005 com a ratificação da Rússia.

³⁷ Nas Ordenações Afonsinas, o corte deliberado de árvores frutíferas era considerado crime de injúria ao

rei. Nas Ordenações Manuelinas proíbe-se a caça de alguns animais com instrumentos capazes de provocar-lhes sofrimento. (MILARÉ, 2013).

meio ambiente. Tutelava-se o meio ambiente como um bem privado³⁸, pertencente ao indivíduo, e não como um interesse difuso³⁹.

A partir da década de 20 do século passado, observa-se uma mudança de perspectiva sobre o meio ambiente no Brasil. Surgem as preocupações sanitárias e, assim, há uma mitigação do aspecto puramente econômico. Citem-se, como exemplos, o Decreto nº 16.300/23 (Regulamento do Departamento de Saúde Pública), o Decreto nº 23.793/34 (Código Florestal), o Decreto nº 24.114/34 (Regulamento da Defesa Sanitária Vegetal) e o Decreto nº 24.643/34 (Código das Águas). Depois, na década de 60, a proteção fragmentária do meio ambiente ganha novo fôlego (BENJAMIN, 2011, p. 107). São desse período a Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), a Lei nº 5.197/67 (Código de Caça) e a Decreto-lei nº 227/67 (Código de Mineração).

Somente nos anos 80 o meio ambiente ganharia autonomia no Brasil. A maioria dos doutrinadores brasileiros

aponta o advento de um direito verdadeiramente do ambiente com a promulgação da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente). Foi então que, após a Conferência de Estocolmo de 1972⁴⁰, o problema de um meio ambiente equilibrado tornou-se preocupação legislativa. Guilherme Purvin de Figueiredo (2010) esclarece a questão:

[...] indicando uma (re) orientação radical de rumo, aparece a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981), dando início à fase holística, onde o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como um sistema ecológico integrado (resguardam-se as partes a partir do todo), com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico) e com garantias de implementação (= facilitação do acesso à justiça). Só com a Lei 6.938/81, portanto, é que verdadeiramente começa a proteção ambiental como tal no Brasil, indo o legislador além da tutela dispersa, que

³⁸ Destacam as normas de direito de vizinhança estabelecidas no Código Civil de 1916.

³⁹ O artigo 81, parágrafo único, I, da Lei. 8.078/90 definiu os direitos e interesses difusos: como “[...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

⁴⁰ Destacando, novamente, que a Conferência Internacional das Nações Unidas sobre o Ambiente

Humano, realizada em Estocolmo em 1972, é considerada o marco inicial mundial do direito ambiental. Com a participação de 113 países, 250 organizações não governamentais e organismos da ONU foi aprovada a Declaração de Estocolmo (26 princípios referentes a comportamentos e responsabilidades para a questão ambiental). (MILARÉ, 2013, p. 1533).

caracterizava o modelo fragmentário até então vigente (assegura-se o todo a partir das partes). (FIGUEIREDO, 2010, p. 41).

A Lei nº 6.938/81 é a norma geral para proteção do meio ambiente. Ela estabelece conceitos, princípios, instrumentos e objetivos para a consecução da conservação ambiental e, ainda mais, por meio dela, se institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). (THOMÉ, 2012). Regulamentando o artigo 23, VI e VII, da Constituição Federal de 1988, que versa sobre a competência administrativa ambiental, no seu artigo segundo, a Lei nº 6.938/81 enumera os princípios que servem de base para efetivar a Política Nacional do Meio Ambiente:

Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;
 II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;
 III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;
 IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;
 V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;
 VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;
 VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;
 VIII - recuperação de áreas degradadas;
 IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;
 X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente. (BRASIL, 1981).

Importante marco legislativo, no direito brasileiro, surge em 1985: a Lei nº 7.347/85. Ela regula a ação civil

pública que proporciona a efetivação dos ditames da Política Nacional do Meio Ambiente. Com a Lei nº 7.347/85, a proteção do meio ambiente passa a ter um instrumento processual hábil à consecução de seus fins. O meio ambiente como um todo, e não apenas casos particulares, como nas ações ordinárias em conflitos de vizinhança, é tutelado. O Brasil passa a ter a vanguarda em Direito Ambiental, tendo uma lei “material” e outra “processual”, ambas altamente eficazes.

Diante dessa modificação de paradigma impulsionada pela Declaração de Estocolmo de 1972 e pela promulgação da Lei nº 6.938/81, a Carta Magna brasileira de 1988 buscou promover uma efetiva proteção ambiental. Nenhuma Constituição brasileira, ainda, havia versado sobre o tema por esta perspectiva. O direito a um meio ambiente equilibrado ganha *status* de direito fundamental⁴¹, sendo assegurado, assim, esse Direito Humano de terceira dimensão⁴². Todo o Capítulo VI, do Título VIII, da

Constituição Brasileira de 1988, vem tratar do meio ambiente.

As Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 nada traziam especificamente sobre o meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca. A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. (SILVA, 2002, p. 46).

Conclusão semelhante chega, também, Guilherme Purvin de Figueiredo constatando a “inovação” constitucional de 1988:

⁴¹ “No Brasil, não há dúvidas de que o meio ambiente é considerado um direito fundamental, porque qualquer interpretação contrária não encontrará amparo. A própria Constituição Federal, em seu art. 225, enuncia ‘todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado’. Portanto, fala de ‘todos’ e ‘cada um’. Sendo assim, o indivíduo tem o direito fundamental e subjetivo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (COSTA, 2010, p. 63).

⁴² Os direitos humanos comumente são divididos em três dimensões ou gerações. Sendo a primeira composta pelos direitos de liberdade e participação política; a segunda constituída pelos direitos sociais e a terceira pelos direitos de solidariedade (paz e meio ambiente equilibrado).

Não resta nenhuma dúvida que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988, foi a que de forma mais enfática elevou a defesa do meio ambiente e a observância da função social da propriedade à condição de princípios constitucionais – não apenas princípios de ordem econômica, mas verdadeiras garantias constitucionais de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] (FIGUEIREDO, 2010, p. 168).

Beatriz Souza Costa (2010) corrobora tal observação, destacando que países como Grécia, Portugal e Espanha foram pioneiros na inclusão do meio ambiente como um direito tutelado constitucionalmente. “A primeira Constituição a preocupar-se com a proteção do meio ambiente foi a de 1988. Esta ascensão deveu-se a uma ordem global em que vários países

constitucionalizaram essa proteção, como dito anteriormente.”. (COSTA, 2010, p. 62).

Observa-se, assim, principalmente após a Constituição da República de 1988, a garantia pertencente a todas as pessoas⁴³ de um meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental para uma sadia qualidade de vida. É o que dispõe expressamente o artigo 225 da Constituição da República: “Art. 225 - Todos⁴⁴ têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁴⁵, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Constata-se que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a todas as pessoas indistintamente. Não pertence, exclusivamente, a um único indivíduo e, sim, à coletividade. Não se configura,

⁴³ Importante destacar o princípio intergeracional deste direito. Deve-se conservar o meio ambiente não somente para atender as necessidades da geração presente, mas também como um compromisso com as gerações vindouras.

⁴⁴ “Diante desse quadro, a nossa Carta Magna estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas do instituto da posse e da propriedade, consagrando uma nova concepção

ligada a direitos que muitas vezes transcendem a tradicional ideia dos direitos ortodoxos: os chamados direitos difusos”. (FIORILLO, 2007, p. 12).

⁴⁵ “Equilíbrio ecológico é o estado de equilíbrio entre os diversos fatores que formam um ecossistema ou *habitat*, suas cadeias tróficas, vegetação, clima, microorganismos, solo, ar, água, que pode ser desestabilizado pela ação humana, seja por poluição ambiental, por eliminação ou introdução de espécies animais e vegetais”. (MACHADO, 2010, p. 132).

também, entre os direitos sociais, pois esses almejam uma redução das desigualdades sociais. Pertence a pessoas indeterminadas que se vinculam por uma circunstância de fato.

Em outro viés, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser pensado como um direito ou interesse difuso. Nessa dimensão o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não está vinculado a indivíduos, mas expressa a atribuição de direitos a coletividades, determinadas em determinadas circunstâncias e indeterminadas em outras. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 81).

Percebe-se, conseqüentemente, que o objetivo⁴⁶ do Direito Ambiental é o equilíbrio ambiental. De tal modo, o Direito Ambiental tem por finalidade a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e

à proteção da dignidade da vida humana (art. 2º da Lei nº 6.938/81). Nota-se o anseio em tentar estabelecer uma compatibilidade entre a ideia de desenvolvimento/crescimento, a equidade social com a conservação da natureza⁴⁷.

Depreendem-se, também, tais perspectivas, da conceituação do Direito do Ambiente feita por Édis Milaré (2013): “O complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando a sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações.” (MILARÉ, 2013, p. 255).

Paulo Affonso Leme Machado (2002), em sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, faz uma constatação importante sobre o Direito Ambiental que vale a pena ser transcrita:

O Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que

⁴⁶ Como salienta Édis Milaré: “A missão do Direito ambiental é conservar a vitalidade, a diversidade e a capacidade de suporte do planeta Terra, para usufruto das presentes e futuras gerações”. (MILARÉ, 2013, p. 256).

⁴⁷ Resumidamente, promover o desenvolvimento sustentável.

integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação. (MACHADO, 2002, p.129).

Paulo Affonso Leme Machado ainda informa a conceituação do direito ao meio ambiente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, destacando a obrigatoriedade de sua proteção, tanto do Poder Público quanto da coletividade:

O Supremo Tribunal Federal, através do voto do Min. Celso de Mello (relator), conceituou o direito ao meio ambiente “como um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo

o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações”. (MACHADO, 2010, p. 131).

Não pode ser olvidado que a proteção do meio ambiente também é um dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica e financeira. Não obstante o Brasil adotar o sistema capitalista de produção e distribuição, percebe-se a imposição de todas as perspectivas dos Direitos Humanos na ordem econômica e financeira. A Constituição Federal de 1988 traz, explicitamente, essa disposição no seu art. 170, VI:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]
VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e

prestação; (BRASIL, 1988).

De tal forma, verificou-se, ao buscar atender as determinações constitucionais, a publicação de diversos diplomas legais que procuraram efetivar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Longe de querer ser exaustivo, citem-se, apenas com fins de informação, algumas leis ambientais que merecem destaque: Lei nº 9.433/97 (Política Nacional dos Recursos Hídricos), Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais), Lei nº 9.985/00 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação), Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), Lei nº 11.105/05 (Lei da Biotecnologia), Lei nº 11.428/06 (Lei sobre o uso e a proteção do Bioma da Mata Atlântica), Lei nº 11.445/07 (Lei de Diretrizes do Saneamento Básico), Lei nº 12.187/09 (Lei que institui a Política Nacional de Mudanças Climáticas), Lei nº 12.305/10 (Política Nacional de Resíduos Sólidos), Lei nº 12.587/12 (Política Nacional de Mobilidade Urbana) e Lei 12.651/12 (Código Florestal).

CONCLUSÃO

A sociedade pós-moderna é marcada por ser um período de transição. Sua efemeridade é

destacada em todos os setores, tanto no progresso das ciências quanto no desenvolvimento tecnológico. O ritmo das mudanças, inclusive sociais, não guarda similitude com outros períodos da história da humanidade. O que é novo neste instante transforma-se em obsoleto no decorrer de poucos anos; a viagem, que demorava dias, realiza-se em poucas horas; a mensagem, antigamente enviada por carta, é transmitida ao vivo. O perto e o longe se confundem temporal e espacialmente.

Essas mudanças tão radicais provocaram um rompimento com o paradigma anterior. As estruturas da sociedade sofreram/sofrem um abalo de difícil previsibilidade. As companhias tornaram-se multinacionais, o trabalho não é mais necessariamente exercido dentro da empresa, o pai não é mais o chefe da família, o casamento não exige pessoas de sexos opostos, a religião é uma escolha pessoal, etc. Essas transformações no processo tecnológico/científico e na estrutura da sociedade caracterizam o momento atual e provocam uma grande sensação de angústia diante do novo.

As modificações da sociedade pós-moderna trouxeram, ainda, outro aspecto inexistente nos períodos anteriores: o risco. Não se quer dizer

com tal afirmação que o risco não existisse em outros períodos, todavia, os riscos da pós-modernidade têm peculiaridades próprias. São riscos provenientes do próprio desenvolvimento científico-tecnológico, riscos derivados da superprodução industrial. Se, no passado, os riscos eram oriundos de uma falta de conhecimento técnico-científico, os riscos do presente são provenientes desse desenvolvimento sem limites. São riscos de grandes proporções, muitas vezes invisíveis, que podem culminar com a extinção da vida no planeta. Destacam-se, por exemplo, a utilização da energia nuclear, a manipulação genética, o efeito estufa, a depleção da camada de ozônio, a desertificação, etc.

Diante desses riscos de proporções incalculáveis, o cidadão exige uma resposta do Estado e do Direito. Necessária se torna a construção de um arcabouço jurídico para regular e delimitar o exercício de certas atividades perigosas. O Direito não pode se afastar de regulamentar os anseios sociais.

De tal forma, com o intuito de conservar e preservar o meio ambiente, surge um novo ramo do Direito: o Direito Ambiental. O Direito Ambiental constitui uma das perspectivas dos

Direitos Humanos, ou seja, pertence aos chamados direitos de solidariedade. Como direito de solidariedade, procura proteger todo o gênero humano, apresentando, assim, natureza difusa. Traz um conjunto de princípios e normas obrigatórias, determinantes das atividades humanas, com o intuito de tutelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Ao buscar a efetivação de seu objetivo, o Direito do Ambiente irá se relacionar, constantemente, com as demais disciplinas jurídicas. Esse caráter transversal demonstra que o Direito Ambiental adentra os mais variados ramos do direito positivo, exigindo-lhes a preservação e a conservação do meio ambiente

REFERÊNCIAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BENJAMIM, Antônio Herman. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **O outro lado do meio ambiente**. Campinas: Millennium, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Beatriz Sousa. **Meio ambiente como direito à vida**. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HENNION, Marie-Claire. Água, uma vítima dos poluentes. In: BEAUD, Michel; BEAUD, Calliope; BOUGUERRA, Mohamed Larbi (dir.). **O Estado do ambiente no mundo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

JORNAL ESTADÃO. **ONU: População mundial é de 7,2 bilhões de pessoas**. 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,onu-populacao-mundial-e-de-72-bilhoes-de-pessoas,1042156,0.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e os direitos humanos**. 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos/>. Acesso em: 10 ago. 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Eco 92**. (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e desenvolvimento). 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo**. (Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano). 1972. Disponível em:

<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em 17 ago. 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

A MÁXIMA EFETIVIDADE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO, COM A APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS, NA OBEDIÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE 1988

João Manoel Miranda Gomes dos Santos⁴⁸
Ciro Antônio Pereira Lemos⁴⁹

RESUMO:

O presente trabalho busca apresentar mecanismos jurídicos evidenciados de forma mais explícita na ordem do processo de execução civil, adotados após a instituição do Código de Processo Civil de 2015, o qual permite, na busca da satisfação da obrigação executiva no processo, a utilização de mecanismos atípicos do procedimento normativo, fazendo uma análise deste uso, diante as regras existentes no ponto de vista dos preceitos fundamentais de um processo democrático constitucional. Assim, com base desses mecanismos atuais, observado o seu uso, na realidade jurisdicional, faz-se uma interpretação comparativa do formato linear que o novo processo civil adota em razão aos preceitos constitucionais. Por fim, em potencial, será apresentado o cuidado necessário ao se utilizar tais atribuições, diante a margem indiscriminada da lei, fazendo ponderação com os preceitos fundamentais existentes neste código, em consonância com a Constituição Federal de 1988.

Palavras Chaves: CPC, Novo Código de Processo Civil, Medidas Executivas Atípicas, Máxima Efetividade

⁴⁸ Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna, 2016

⁴⁹ Mestre em Administração. Professor da Faculdade de Nova Serrana e Professor da Universidade de Minas Gerais - UEMG

Executiva, Processo Constitucional Democrático.

ABSTRACT:

Through this study we seek to introduce more explicitly the legal mechanisms in civil execution lawsuits, adopted after the 2015 Civil Lawsuit Code, in which is allowed the use of atypical normative process mechanisms in search of satisfaction of executive obligation of the lawsuit, analyzing the said use considering existing rules from the perspective of fundamentals precepts of democratic constitutional process. Based on these current mechanisms, we observe their use in the juridical reality and realize a comparative interpretation of the linear format adopted by the new Civil Lawsuit due to constitutional precepts.

Keywords: CPC, new Civil lawsuit code, unusual executive measures, maximum executive efficiency, constitutional democratic lawsuit.

1 INTRODUÇÃO

Para melhor compreensão da estrutura processual no ordenamento jurídico brasileiro atual, faz-se necessário abranger as correntes tradicionais, as influências contemporâneas, estudar o modo de construção e preparo da norma processual e suas intenções objetivas, para enxergar o rumo que o processo e a jurisdição irá caminhar. Posto que, apesar do tema, sobre as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias não ser novidade no novo código civil, visto a sua existência no artigo 461, §5º, do Código de

Processo Civil de 1973, no código atual, tem-se uma ocorrência mais evidente e elástica, alcançada mesmo a satisfação da obrigação, que por sua consequência busca neste novo formato, uma implementação jurissatisfativa na fase executiva. Devendo, de forma inegável, esse modelo legal, perseguir ao máximo sem negligenciar direta e imediatamente os preceitos fundamentais, em âmbito de um Processo Constitucional Democrático, que visa entrega efetiva e conclusiva da pretensão deduzida, não cedendo, mas sim, preservando o núcleo essencial do direito fundamental constitucional.

Logo, percebe-se que o modelo de processo cooperativo, fundado no novo CPC, deixa registrado como normas fundamentais aplicadas no processo, um modelo de relação processual linear, caracterizado pela cooperação (art. 6º, CPC/15), com objetivos de celeridade para entrega de mérito mais efetiva, incluindo, a máxima satisfação da demanda pretendida (art. 4º, CPC/15). Desta forma, a visão que se constrói no formato processual atual, possibilita a adaptação no próprio procedimento, ajustando o andamento e o procedimento com as especificidades da demanda. Nesse novo olhar que

orbita o processo, comporta enfatizar a importância de delimitar os limites das decisões atípicas, no aspecto dos preceitos bases do ordenamento, posto que, não sendo visto sobre esta ótica, será forte a possibilidade da ocorrência de abuso de autoridade, diante da possibilidade de condutas atípicas, no novo modelo processual (art. 139, VICPC/15), sendo contrária a ordem constitucional.

Desta maneira, identifica-se que a utilização deste mecanismo deve sempre estar pautando o juízo de ponderação, razoabilidade, seguindo a ordem dos preceitos fundamentais de um modelo Constitucional, para que essas medidas extraordinárias, sem limitações normativas, possibilitem o resultado prático necessário à entrega satisfatória da demanda promovida, sem que aja entrega de uma prestação jurisdicional axiológica e autocrática.

Logo, partindo dos pontos evidenciados, busca-se apontar no presente trabalho, um estudo quanto à formação do conteúdo do art. 139, IV do CPC, e suas aplicações nos tribunais, com os contornos destas decisões, sobre uma ótica de observar os limites objetivos em que se adota o viés processual democrático constitucional, em que o julgador não pode usar suas percepções para a entrega do

resultado, mas, sim, o uso racional crítico na entrega jurisdicional. Portanto, de forma primária, serão esclarecidos os atos de um processo de execução típico, chamado neste artigo de execução tradicional, para melhor compreender quais são as medidas extraordinárias e como elas estão sendo usadas na prática jurídica. O que dará oportunidade de se apresentar, ao final, uma crítica ponderada quanto ao uso das medidas atípicas (extraordinárias) no processo, que visa o objetivo da entrega da máxima satisfação do mérito, sem ultrapassar os limites constitucionais, apresentando uma solução para esta temática.

Como base para esta pesquisa, foram utilizados elementos bibliográficos, a lei, e estudo qualitativo de decisões judiciais de alguns tribunais, com o objetivo de identificar na prática o conceito e os limites adotados.

2 A EXECUÇÃO TRADICIONAL

Antes de entender e abordar a execução, no campo de um universo jurídico, torna-se fundamental delimitar a melhor compreensão do procedimento de execução. Assim, tem-se uma execução, através de uma

obrigação estabelecida⁵⁰ que, por ordem, não foi cumprida; na qual aquele que se encontra prejudicado, poderá exigir devida reparação.

A obrigação será delimitada, por meio de: um processo judicial de conhecimento⁵¹, em cujo final haverá uma sentença de mérito, estabelecendo a forma e tipo de obrigação, que poderá ser exigida por meio do cumprimento de sentença (art. 515CPC/15), ou de outra forma, através da execução que já possui sua força executiva por força da lei, classificada como título extrajudicial (art. 784CPC/15). Em ambas as situações, os títulos executivos relacionados acima, só serão competentes para cobrar, exigir a satisfação da obrigação existente, por meio dos mecanismos judiciais previstos na legislação, através do judiciário, que assegurará a plena e integral satisfação da obrigação fixada.

Desta maneira, após prazo de cumprimento espontâneo da obrigação (art. 829CPC/15), poderão ser tomadas medidas coercitivas, indutivas, mandamentais ou sub-rogatórias para

a satisfação do direito, dando início ao processo executivo. Há, dentro deste campo, diversos procedimentos no modelo típico de execução⁵² que podem ser aplicados⁵³, como exemplo: (i) a fixação de astreintes (multas diárias), nas obrigações de fazer ou não fazer (art. 814 CPC/15);(ii) a promoção de execução provisória nas prestações de alimentos (art. 531 CPC/15);(iii) execução provisória de decisões interlocutórias (301 do CPC);(iv) a possibilidade de adjudicação; (v) de prenotação ou averbação premonitória; (vi) gravame judicial; (vii) penhora; (viii) uso do sistema SISBAJUD, dentre outras formas. Apesar de serem muitos os mecanismos, há ainda, o insucesso por meio desses, na satisfação da obrigação, sendo o verdadeiro calcanhar de Aquiles na proposta de entrega de uma prestação jurissatisfativa.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1536713, decidiu quanto à importância da forma e uso das medidas executivas típicas, deixando claro o entendimento

⁵⁰ As obrigações podem ser: de pagar, fazer, não fazer ou entregar, em todas comporta o procedimento de execução.

⁵¹ Fase do processo civil, anterior à fase execução, geralmente utilizada para constituir

uma obrigação, por meio de decisão judicial (sentença).

⁵² Ferramentas previstas dentro do Código de Processo Civil.

⁵³ Os itens relacionados são meramente exemplificativos.

quanto os critérios de valorização e análises especiais das medidas atípicas, e ainda, no mesmo tribunal o julgamento do Recurso Especial de nº 1835778/PR, definiu que o requerimento de negativação no nome do devedor, nos termos do art. 782 §3º do CPC, não é condicionado a negativa administrativa do órgão de proteção ao crédito. Observa-se que, a *ratiodecidenti* destes julgados são essenciais para a compreensão da questão, de como tem caminhado um processo executivo, na busca da entrega satisfativa do mérito, evidenciando no julgamento o critério de ponderação no uso de medidas extraordinárias, enquanto no outro, fica evidenciado o reconhecimento do direito de todos os recursos previstos em lei, não excluindo o uso da ponderação:

No emprego de medidas executivas "típicas" - como as previstas nos arts. 517 e 782, § 3º, do CPC/15, de natureza coercitiva -, há uma ponderação anterior pelo legislador dos princípios da efetividade da tutela executiva e da liberdade patrimonial do devedor. Quando as aplica, parte o juiz de um crivo de proporcionalidade realizado a priori pelo Parlamento, de modo que não opera de

forma desproporcional e desarrazoada. Não se pode, como pretendeu o recorrente, atribuir às medidas executivas "típicas" as mesmas exigências valorativas comuns às medidas executivas "atípicas" (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1536719, grifo nosso).

Em relação às medidas executivas típicas, uma das novidades trazidas pelo novo diploma processual civil é a possibilidade de inclusão do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, a qual encontra previsão expressa no art. 782, § 3º, do CPC de 2015. Tal norma deve ser interpretada de forma a garantir maior amplitude possível à concretização da tutela executiva, em conformidade com o princípio da efetividade do processo, não se mostrando razoável que o Poder Judiciário imponha restrição ao implemento dessa medida, condicionando-a à prévia recusa administrativa das entidades mantenedoras do respectivo cadastro, em manifesto descompasso com o propósito defendido pelo CPC/2015,

especialmente em casos como o presente, em que as tentativas de satisfação do crédito foram todas frustradas (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1835778).

Diante de tais julgados, pode-se concluir que há implementação do judiciário a aplicação das medidas executivas típicas, de forma acurada, de outro lado, com devida ponderação, há decisões que determinam aplicar as medidas atípicas no processo, diante e justificado fundamento de entrega da satisfação do mérito do processo, visto ao resultado ineficiente nas vias ordinárias.

3 O NASCIMENTO DA EXECUÇÃO EXTRAORDINÁRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ATUAL E SUA APLICAÇÃO EM CASOS CONCRETOS.

A execução atípica tem seu ato previsto, com o fundamento do art. 139, IV do CPC, em que dispõe um conjunto de medidas executivas que o juiz

⁵⁴ Dentro da sistemática processual, a aplicação de medidas atípicas é também usada no processo de conhecimento, em pedidos de tutela de provisórias, que, com demonstração da verossimilhança das alegações, e fundando perigo do resultado, podem conseguir o deferimento da medida extraordinária, para garantir a obrigação ainda em discussão.

poderá aplicar, visando garantir o cumprimento de qualquer ordem proferida por este, estando o processo (i) no cumprimento de sentença ou (ii) baseado em título executivo extrajudicial⁵⁴. Eis o teor da norma:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)
IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniárias (BRASIL, 2015).

Em sua formação, no texto original, o Projeto de Lei do Senado Federal 166/2010 (Senado Federal)⁵⁵, inicialmente tinha como texto originário o art. 107, inciso III, que, quando remetido à Câmara dos Deputados, na comissão revisora, foi atuado com PL n. 8.046/2010, devolvendo o substitutivo final (Senado Federal)⁵⁶, com a literatura no art. 139, inciso IV,

⁵⁵BRASIL. **Senado Federal**. Projeto de Lei 166/2010.

⁵⁶BRASIL. **Senado Federal**. Projeto de Lei 166/2010, texto de retorno da Câmara dos Deputados.

restringindo os limites materiais do poder conferido ao juiz, assim observa-se a alteração do texto substitutivo:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)
IV – determinar, de ofício ou a requerimento, todas as medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito; [...](Senado Federal).

Percebe-se que a sugestão, para alteração do texto, é muito semelhante ao art. 461, § 5º do Código de Processo Civil de 1973⁵⁷, não tendo a extensão de poderes ao magistrado, que o texto original e atual confere.

Desta forma, verifica-se uma identidade no modelo processual de 2015, na entrega jurissatisfativa, conferindo espaço de atos fora dos padrões legislativos, sempre buscando, garantir a máxima

satisfação em um tempo razoável do processo (art. 4º, CPC/2015). Não obstante, comporta registrar, que apesar da liberalidade permitida ao juiz, este deve imperiosamente obedecer aos ditames constitucionais. Assim, em uma síntese, a convergência do artigo, em que mira maior efetividade seus atos na busca da satisfação executiva, não pode afrontar a Constituição, sob pena de ocorrer abuso de poder, contrário aos preceitos fundamentais.

Visto, portanto, que o código atual garante uma elasticidade e alcances mais evidentes, do que antes era praticado, despertou-se, em diversos setores do âmbito do judiciário, a necessidade de produção interpretativa, quanto ao seu alcance, sendo produzido o enunciado 48, pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), e também pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, com os seus enunciados de nº 12⁵⁸ e nº 396⁵⁹, todos com o objetivo comum de

⁵⁷ Art. 461, §5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (Código de Processo Civil, 1973).

⁵⁸ Arts. 139, IV, 523, 536 e 771, a aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II (Grupo: Execução) (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).
⁵⁹ Art. 139, IV; art. 8º, as medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício,

regular a forma e critérios que deveriam os juízes, adotar na aplicação de medidas atípicas nos processos.

Neste andamento, quanto a ordem indiscriminada de medidas executivas atípicas, há registros de decisões judiciais quanto: (i) a suspensão de CNH; (ii) passaportes; (iii) a vedação em a participação de Concursos Públicos; e (iv) licitações, medida essas, agressivas e muito delicadas, se observadas na ótica dos preceitos constitucionais. Em outros contextos, há modulações por parte do Superior Tribunal de Justiça, que reconhecem a possibilidade de uso de tais medidas, no entanto tendo ponderação e razoabilidade no preenchimento de requisitos, para o uso do dispositivo, como no julgamento do Recurso Especial nº 1.788.950/MT, em que se decidiu como pressupostos de aplicação de medidas extraordinárias (i) o esgotamento de medidas na via típica e (ii) a existência real de ocultação patrimonial, que fosse apta a saldar a dívida executada.

Seguindo a ordem hermenêutica da norma, a doutrina tem-se manifestado de forma positiva na

aplicação do dispositivo legal, podendo verificar pelo doutrinador (GONÇALVES, 2020)⁶⁰, que defende o uso de medidas atípicas para a satisfação do crédito executivo, sempre ponderando a real necessidade, proporcionalidade e razoabilidade destes caminhos.

No entanto, apesar de existir diversos textos que defendem a aplicação das medidas atípicas no processo de execução, nos casos mencionados, que impedem a direta locomoção como a suspensão da CNH e passaporte, vão a total desencontro com a base do art. 5, XV da Constituição Federal de 1988, o que, evidencia medida totalmente inconstitucional, não devendo ser admitida. Neste sentido, verifica-se o voto do Desembargador Marcos Ramos, no processo de nº 2183713-85.2016.8.26.0000, em que foi apreciado um *habeas corpus* na 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Mas, conforme fundamentação já lançada nos autos por ocasião do deferimento da liminar, **a apreensão do passaporte do paciente, bem como**

observado o art. 8º (Grupo: Poderes do juiz)(Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

⁶⁰ GONÇALVES, M. V. R. Poderes e Deveres do Juiz. In: LENZA, P.; GONÇALVES, M. V.R.**Esquematizado**®. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

suspensão de sua Carteira Nacional de Habilitação, por dívida contraída na esfera civil, importaria em permitir restrição da liberdade pessoal do executado, assim como do direito de locomoção constitucionalmente assegurado (art. 5º, XV, da CF). Portanto sem dúvida alguma, isso importaria em relevante restrição de direito de liberdade individuais, motivo pelo qual o remédio constitucional foi aceito. Acresceu-se que os limites da responsabilidade patrimonial do devedor estão previstos no art. 789, do novo Código de Processo Civil: “Art. 789 o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo restrições estabelecidas em lei” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, p. 1397 – grifo nosso).

Diante a situação descrita, percebe-se que a “instituição” do artigo art. 139, inciso IV, na forma em que

está sendo vista por todo o complexo jurídico, ou seja, por todos os consumidores do sistema judiciário, esta colapsando o conceito de segurança jurídica, visto que não há uma modulação e regulamentação geral, quanto aos contornos do uso do poder do magistrado na busca da satisfação da execução, certo que alguns são coerentes e outros contrários ao próprio sistema constitucional⁶¹.

4 A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DO PODER DA ATIPICIDADE EXECUTIVA

Visto as classificações e definições na ordem da execução típica e atípica, comporta entender que o modelo processual atual⁶², apesar de apresentar “inovações”, deve estar como é ensinado por Costa (2019)⁶³, adequado com um modelo de procedimento que realiza o contraditório entre as partes, legitimando a utilização do espaço

⁶¹ Observa-se que na formação do Novo Código de Processo Civil, houve a proposta de restrição dos poderes do juiz, justamente pelo poder sem limites na satisfação do processo executivo, no entanto foi mantido o texto original.

⁶² Código de Processo Civil de 2015.

⁶³ COSTA, F. V. **Princípios regentes do processo civil no Estado Democrático de Direito**: Ensaio de uma Teoria Geral do

Processo Civil -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. 41 p. Neste contexto, a escola processual defendida é a do processualista italiano Elio Fazzalari, que, na segunda metade do século XX, apresentou a comunidade científica o conceito de processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, torna-se um marco do estudo do direito processual (COSTA, 2019, p. 41).

processual que possibilite uma construção racional do mérito diante a base constitucional, assim: analisar o conceito do artigo art. 139, inciso IV, em que possibilita aplicação atípicas ao procedimento de execução, tais como a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação ou o passaporte do devedor, possui uma louvável intenção, um tanto quanto até sedutora, no ponto de vista de ser um mecanismo que forçará o devedor, que de fato oculta o seu patrimônio, ao pagamento, entregando assim uma satisfação efetiva no processo, mas, na ótica constitucional, percebe-se que a implementação deste dispositivo, no formato mencionado é contrário ao modelo processual constitucional defendido por Costa (2019), certo de que a busca pelo cumprimento das decisões judiciais, em especial na fase de execução, não pode se dar sacrificando o direito fundamental.

Assim, para melhor compreender a importância da limitação, deve-se verificar a evolução do direito, conforme nos ensina Guilherme Pupe da Nóbrega (Migalhas), quanto a responsabilidade pelo pagamento de uma obrigação com base no seu patrimônio. Este intuito tem sua evolução com os registros específicos, como o marco *Lex Poetelia*

Papiria em 326 a.C., que aboliu o *nexum* e a possibilidade de escravidão do devedor como garantia do pagamento da obrigação, sendo substituído tal evento, com a possibilidade do credor tomar parcela dos bens do devedor, chamado de *pignoris capio*, ou "ação por tomada de penhor", o que hoje é verificado no artigo 789 do CPC de 2015, que consagra que devedor responde pela satisfação da obrigação com parcela de seus bens.

Assim, percebe-se que na evolução do direito, a preservação das garantias fundamentais são os pontos de evolução e preservação, sendo possível apenas a sobreposição de um direito fundamental, quando há outro de peso maior, como no caso do devedor de alimentos, certo que o menor possui direito a preservação de sua vida, diminuindo o direito da liberdade de quem deve.

Por esta razão, verifica-se que a medida de suspender a CNH e ou passaporte do devedor são contrárias a toda uma história evolutiva do direito, bem como as garantias fundamentais existentes. Logo, de forma muito certa e definitiva, o Ministro Eros

Roberto Grau⁶⁴ ensina que o artigo 139, inciso IV do CPC de 2015, não pode ser lido de forma isolada, tão pouco considerar a sua possibilidade executiva, com base apenas em seu texto normativo, devendo estar em perfeita harmonia com a Constituição:

[...] não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele do texto até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum (GRAU, E. R., 2002, p. 34, apud BRASIL, 2020).

Assim, registrado a forma de leitura em que deve ser feito o presente artigo, refletindo sobre o modelo constitucional de 1988⁶⁵ e seu espaço em abrangência no processo, tanto na

fase de cognição quanto de execução, a sua hermenêutica deve estar garantida não só no ponto de vista do controle de constitucionalidade⁶⁶, mas em toda a sua circunscrição jurisdicional⁶⁷. Com base nisso, é possível perceber que, no formato de um processo constitucional, que é por consequência a norma de maior peso⁶⁸(FREITAS, 2016), não resta dúvidas de que deve-se garantir a todos os sujeitos do processo uma transparência aos direitos fundamentais, a manutenção da ordem jurídica, dando maior estabilidade e segurança, deixando evidente o princípio da tipicidade, ou seja, legalidade e reserva legal, que tem como um dos seus objetivos impedir a prática de atos arbitrários e sem fundamento jurídico.

Assim, percebe-se que há uma problemática de adequação do controle amplo jurisdicional de um processo constitucional democrático, quanto à técnica processual prevista no art. 139,

⁶⁴GRAU, E. R. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

⁶⁵ Com base nos preceitos fundamentais, garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁶⁶O controle de constitucionalidade é a verificação da adequação de um ato jurídico à Constituição, ou seja, é verificado a concordância das normas hierarquicamente inferiores com a Constituição.

⁶⁷ A extensões processuais em uma ótica constitucional, além do controle de constitucionalidade, tem como percepção a aplicação jurisdicional na entrega dos direitos e garantias fundamentais.

⁶⁸Há uma hierarquia na estrutura normativa. As normas jurídicas formam uma pirâmide apoiada em seu vértice, com a graduação disposta do seguinte modo: Constituição, lei, sentença e atos de execução. Segundo a Teoria Pura do Direito, uma norma está fundamentada na outra hierarquicamente superior (FREITAS, 2016).

IV do CPC. Certo de que, nessa última, como já identificado neste estudo, há uma previsão legal, em que confere poderes discricionários ao julgador, na tomada de decisões para a satisfação do processo. Assim, a premissa que é inequívoca sobre o tema é: deve-se haver um poder de controle para conservar os direitos fundamentais, não podendo as medidas extraordinárias na execução ultrapassar os limites constitucionais, sendo necessário ou uma reforma legislativa que desenhe estes limites ou um controle de constitucionalidade por parte do judiciário para dar a devida estabilidade nas condutas dos juízes no que diz respeito as execuções atípicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 1973.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento. Enunciados**, Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf> Acesso em: 30 set 2021.

BRASIL. **Fórum Permanente de Processualistas Civis**, Disponível em: [\[permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf\]\(#\) Acesso em: 30 set 2021.](https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-</p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL. **Migalhas**, Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, IV, do CPC de 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/243746/reflexoes-sobre-a-atipicidade-das-tecnicas-executivas-e-o-artigo-139-iv-do-cpc-de-2015>. Acesso em: 30 set 2021.

BRASIL. **Senado Federal**. Projeto de Lei 166/2010. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550297&ts=1630412442152&disposition=inline>. Acesso em: 30 set 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Reclamatória Trabalhista nº 38425/TST**. Relator: Ministro LUIZ FUX. Brasília, 15 de maio de 2020. Lex: jurisprudenciado STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343122621&ext=.pdf> Acesso em: 30 set 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (AREsp) nº 1536713/PR**. Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO. Brasília, 10 de março de 2020 DJe 17/03/2020. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 29 set 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (AREsp) nº 1788950/MT**. Relator: Ministro NANCY ANDRIGHI. Brasília, 23 de abril de 2019. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 30 set 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (AREsp) nº 1835778/PR**. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Brasília, 04 de

fevereiro de 2020 DJe 06/02/2020. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 29 set 2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Acórdão do Processo 2183713-85.2016.8.26.0000 e código de conferência 7C7A689, fls. 1397. Jurisprudência do

COSTA, F. V. **Princípios regentes do processo civil no Estado Democrático de Direito: Ensaio de uma Teoria Geral do Processo Civil** -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. 272 p.

FREITAS, V. A. Aspectos fundamentais da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4724, [7](#) jun. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49444>. Acesso em: 30 set 2021.

GONÇALVES, M. V. R. Poderes e Deveres do Juiz. In: LENZA, P.; GONÇALVES, M. V. R. **Esquematizado**®.11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1064 p.

MEDINA, J. Teoria Geral da Execução - 1ª Parte – Teoria Geral e Princípios Fundamentais da Execução. In: MEDINA, J. **Execução**. Ed. 2019. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2019. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1198075476/execucao-ed-2019>. Acesso em: 29 set 2021.

NEVES, D. 25 Medidas Executivas Coercitivas Atípicas na Execução de Obrigação de Pagar Quantia Certa – Art. 139, IV, do Novo Cpc - Capítulo III - Atipicidade dos Meios Executivos. In: VI, Volume; **TRIBUNAIS, Revista. Doutrinas Essenciais - Novo**

Processo Civil. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2018. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1197024325/doutrinas-essenciais-novo-processo-civil>. Acesso em: 30 set 2021.

RODOVALHO, T.; PINTO, B. 33 Linhas Gerais Sobre o Processo de Execução - Parte V - Processo de Execução. In: ASSIS, A.; BRUSCHI, G. **Processo de Execução e Cumprimento da Sentença**. Ed. 2020. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1197159079/processo-de-execucao-e-cumprimento-da-sentenca-ed-2020>. Acesso em: 29 set 2021.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Brasília. DF. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905728336/agravo-de-instrumento-ai-22367728520168260000-sp-2236772-8520168260000?ref=feed>. Acesso em: 30 set 2021.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO POR MEIO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Luciélia Pereira de Almeida⁶⁹
Ciro Antônio Pereira Lemos⁷⁰

RESUMO

O presente trabalho destina-se ao estudo da proteção do consumidor nas relações de consumo eletrônicas, principalmente, em tempos de Pandemia Mundial provocada pela Covid-19. Vivemos hoje na

⁶⁹ Graduada em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Bom Despacho. Pós-graduada em Direito Processual pela Faculdade de Nova Serrana – FANS.

⁷⁰ Mestre em Administração. Professor da Faculdade de Nova Serrana- FANS e da Universidade de Minas Gerais – UEMG.

era digital, momento em que tudo é prático e tudo se consegue com apenas um “click”. As vendas eletrônicas têm crescido bastante; eis que surge o dilema: o consumidor tem seus direitos garantidos quando a compra é realizada fora do estabelecimento comercial? O comércio eletrônico dá-se pela comercialização de produtos e serviços por via da internet, a qual liga tanto o consumidor como o fornecedor de produtos ou serviços por meio de computadores. O consumidor deve estar atento ao realizar uma compra pelo comércio eletrônico. Ademais, o fornecedor não fica isento de futura responsabilização civil em virtude dessa relação de consumo. Registre-se que a metodologia adota é a quantitativa, partindo-se das teorias e leis para se chegar à ocorrência dos fenômenos particulares. Com efeito, para análise do tema será estudada, a priori, o exame doutrinário, para se chegar a abordagem dada à questão no âmbito dos tribunais pátrios. Assim sendo, alia-se o importante conhecimento teórico da doutrina com as soluções dadas nos casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor. Covid-19. Comércio Eletrônico. Responsabilidade Civil.Fornecedor.

ABSTRACT

The present work is intended to study consumer protection in electronic consumer relations, especially in times of World Pandemic caused by Covid-19. We live today in the digital age, a time when everything is practical and everything is achieved with just a click. Electronic sales have grown a lot; behold, the dilemma arises: does the consumer have his rights guaranteed when the purchase is made outside the commercial establishment? E-commerce is based on the marketing of products and services via the Internet, which connects both the consumer and the supplier of products or services through computers. The consumer should be aware when making a purchase through e-commerce. Moreover, the supplier is not

exempt from future civil liability due to this consumer relationship. It should be recorded that the methodology adopted is qualitative, starting from theories and laws to reach the occurrence of particular phenomena. In fact, for the analysis of the subject, the doctrinal examination will be studied a priori in addition to the approach given to the issue in the context of the courts of the courts. Thus, the important theoretical knowledge of the doctrine is allied with the solutions given in concrete cases.

KEYWORDS: Consumer. Covid-19. E-commerce. Civil responsibility. Provider.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea está intimamente ligada à internet, entretanto, surgem inúmeros problemas ligados à rede mundial de computadores. O volume de transações “não presenciais” é expressivo, impactando na movimentação da economia nacional, arrecadação de tributos, e, especialmente, em numerosos contratos que implicam direitos e obrigações para as partes negociantes.

Assim como o comércio teve grande mudança e vem acompanhando a evolução tecnológica, a Ciência do Direito deve se desenvolver no intuito de aperfeiçoar-se através da evolução da sociedade e da necessidade de novas regulamentações. Sendo assim,

o consumidor, parte frágil e hipossuficiente na relação de consumo, também deve ser observado, e preservando o consagrado direito consumerista, com adequação e proteção legal das partes.

Desta forma, no presente trabalho será abordado o histórico da internet, sua origem, o que se entende por sites de buscas, tudo isso, no intuito de evidenciar, através dos julgados diversos, tanto dos juízos de primeiro grau, quanto do Superior Tribunal de Justiça, as contradições nas decisões quando o assunto é a responsabilidade civil no comércio eletrônico. Desta feita, cumpre salientar que o hodierno estudo pretende demonstrar o cenário contemporâneo das contendas acerca da responsabilidade civil no comércio eletrônico, e de como, o direito e o Estado estão lidando com os casos concretos, já que não temos ainda uma legislação que trate específica e completamente sobre o tema.

Em consequência, permanecem várias lacunas no então Direito Digital, uma vez que frequentemente ocorrem novos casos, novos dissabores, novas fraudes pelo meio de negociações feitas em face da internet, portanto, pretende-se aqui preencher a norma em branco, de maneira lógica e

esclarecida a respeito deste vasto tema.

Neste diapasão, em tempos da Pandemia Mundial provocada pela Covid-19, mister destacar que o presente estudo visará responder preponderantemente a seguinte indagação:

A proteção dos direitos do consumidor está garantida nas relações de consumo eletrônicas?

Há que se lembrar, também, que os Juizados Especiais Cíveis integram a Política Nacional das Relações de Consumo, conforme consta no art. 5º, inc. IV, da Lei n. 8.078/1990. Como a maioria das causas que envolvem consumo de menor complexidade ou de menor valor deságua nos juizados, alguns estados da federação criaram órgãos especializados para resolver tais demandas.

Far-se-á necessário a presença de posicionamentos de renomados doutrinadores acerca do tema, como Fábio Ulhoa Coelho, Waldo Fazzio Júnior, dentre outros.

Postas essas premissas, e desde logo anunciando que com o intuito de tornar mais efetiva a proteção judicial dos direitos individuais e coletivos no tocante a proteção dos consumidores nas relações de

consumo eletrônicas, cada vez mais vem se acentuando no Estado Democrático de Direito dos dias de hoje, a positivação dos direitos e garantias fundamentais nos textos constitucionais, eis o que se passa a dispor.

2 PRÁTICAS COMERCIAIS E CONTRATOS NA RELAÇÃO DE CONSUMO:

O art. 39 do Código de Defesa do Consumidor - CDC enumera um elenco de abusos mais comuns perpetrados contra o consumidor. Destaca-se para tanto as palavras do professor Nunes sobre o assunto:

As chamadas “práticas abusivas” são ações e/ou condutas que, uma vez existentes, caracterizam-se como ilícitas, independentemente de se encontrar ou não algum consumidor lesado ou que se sinta lesado. São ilícitas em si, apenas por existirem de fato no mundo fenomênico. (NUNES, 2017, p. 1).

São práticas infrativas disposta no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo:

a) condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos. Versa sobre a conhecida venda casada, buscando proibir a condição de produto ou serviço a outro produto ou serviço. Busca-se impedir que seja imposto ao consumidor a compra de um produto e/ou serviço que ele não queira adquirir, como condicionante da compra ou aquisição de outro que ele queira, sendo que, os produtos oferecidos devem existir e ter capacidade de serem adquiridos separadamente.

b) enviar ou entregar ao consumidor qualquer produto ou fornecer qualquer serviço, sem solicitação prévia. Ampara-se o consumidor ao determinar que o fornecedor cumpra aquilo que dói ofertado, uma vez que haja o produto no estoque o fornecedor tem por obrigação de comercializá-lo.

c) prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços. Age-se aqui no sentido de infligir medida repressiva aqueles que fornecem ou entregam produtos ou serviços que tenha pedido

o consumidor, a não ser que seja feito gratuitamente.

d) exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva. Protege-se o consumidor ante sua vulnerabilidade, perante as situações que apresentem condição maior de que a normal.

e) deixar, em contratos que envolvam vendas a prazo ou com cartão de crédito, de informar por escrito ao consumidor, prévia e adequadamente, inclusive nas comunicações publicitárias, o preço do produto ou do serviço em moeda corrente nacional, o montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros, os acréscimos legal e contratualmente previstos, o número e a periodicidade das prestações e, com igual destaque, a soma total a pagar, com ou sem financiamento. Exige-se aqui a vedação a toda e qualquer vantagem imposta pelo fornecedor que venha a ofender os princípios norteadores do CDC, ameaçando o equilíbrio dos contratos ou gerando ônus considerado excessivo ao consumidor.

f) deixar de assegurar a oferta de componentes e peças de reposição, enquanto não cessar a fabricação ou a importação do produto e, caso cessadas, de manter a oferta de

componentes e peças de reposição por período razoável de tempo, nunca inferior à vida útil do produto ou serviço.

g) recusar a venda de produto ou a prestação de serviços, publicamente ofertados, diretamente a quem se dispõe a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos regulados em leis especiais; deixar de trocar o produto impróprio, inadequado, ou de valor diminuído, por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, ou de restituir de imediato a quantia paga, devidamente corrigida, ou fazer abatimento proporcional do preço, a critério do consumidor.

Práticas comerciais abusivas são comportamentos desleais realizadas pelos fornecedores e prestadores de serviço, consideradas como violadoras do CDC, de forma que tais atos lesionam efetivamente os consumidores finais.

Nessa plaga, cumpre salientar que:

É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o

consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, preço, origem ou quaisquer outros dados essenciais. É abusiva, dentre outras, a publicidade, quando: gerar discriminação de qualquer natureza; incitar à violência; explorar o medo ou a superstição; aproveitar-se da deficiência de julgamento e experiência da criança; desrespeitar valores ambientais; induzir o consumidor a comportamento prejudicial a sua saúde; ou induzir o consumidor a comportamento perigoso a sua segurança. (FAZZIO JÚNIOR, 2017, p. 551).

Como já foi dito, o CDC versa sobre as denominadas práticas abusivas sem se atentar em determiná-las totalmente de maneira expressa, uma vez que em seu art. 39, consta no enunciado o termo “dentre outras”. Essas práticas são denominadas como condutas que comprometem diretamente o consumidor, valendo-se de sua condição de vulnerabilidade na relação de consumo.

Além do art. 39 estão inclusos também na seção das práticas comerciais abusivas os arts. 40 e 41,

todavia, vale destacar que o conteúdo dos arts. 42 e 43, apesar de não constarem no rol da referida seção, versam também sobre práticas abusivas na relação de consumo.

O artigo 40 obriga o fornecedor a entregar orçamento com antecedência, detalhando o valor de todo o serviço, assim como definindo datas para o começo e fim, sob pena de sanção caso não cumprido o acordado. Destarte, o art.41 estabelece que seja respeitado pelo fornecedor os valores que estejam sob previsão legal, ou tabelados, tendo o consumidor o direito de restituição caso seja lesado. Já o art.42 estabelece o impedimento da cobrança de débitos ao consumidor de forma vexatória ou indevida, sob pena de restituição do valor cobrado indevidamente corrigido e com juros. Por fim, o art. 43 impõe o acesso livre ao consumidor dos dados bancários, cadastros e fichas assim como suas fontes.

Outro ponto importante de se destacar é a proteção contratual do consumidor nas relações de consumo, desta forma cumpre salientar:

É o caso do princípio da preservação do contrato, que envolve tanto a igualdade de contraprestações (equivalência) como

a proteção do consumidor hipossuficiente. A relativização da intangibilidade contratual exterioriza-se no art. 6º, inciso V, em que a de revisão contratual por excessiva onerosidade intenta amparar o consumidor. Também é o caso da consagração da boa-fé, como regente primeira das relações de consumo, do efeito vinculante da oferta e da execução específica. É requisito exigido dos contratos a linguagem simples (inteligível às pessoas comuns), em letras de tamanho que permita leitura fácil e com destaque nas cláusulas que restrinjam os direitos do consumidor. (FAZZIO JÚNIOR, 2017, p.552).

Em virtude do equilíbrio entre os direitos e as obrigações na relação contratual, torna-se importante a observância de cláusulas que a lei reputa como abusivas.

A vedação às práticas comerciais abusivas não pode ser interpretada de maneira limitada, e sim como um instrumento de balança, atuando como ferramenta de exame e regulagem das relações de consumo.

Fica evidente que a tutela dos direitos do consumidor deve ser

garantida não apenas pelas disposições do CDC e sim por todo o ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Contrato Eletrônico

Ao celebrar um contrato pela via eletrônica torna-se indispensável respeitar todos os princípios e direitos fundamentais, bem como os institutos vigentes e aplicados atualmente quanto ao Direito Civil, Autoral, Comercial, Contratual, Econômico, Financeiro, Tributário, Penal, Internacional e todas as outras áreas pertinentes ao caso em concreto.

Os computadores, *smartphones* e *tablets* são os instrumentos utilizados para se estabelecer contratos eletrônicos.

O contrato eletrônico possui os mesmos requisitos de validade dos contratos tradicionais e a violação de um deles poderá torná-lo nulo ou anulável.

Vale destacar o enunciado 173, do Conselho Nacional da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento é que os contratos formados por via eletrônica serão firmados entre ausentes, não apresentando instantaneidade, que em seu art. 434, estabelece que a formação dos contratos realizados

entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente.

Certo é que na sua formação, não há a presença, pelo menos a física, das partes, tampouco a presença do objeto do contrato.

Quanto à declaração da vontade, é necessário que as partes sejam capazes para que seja válida, conforme dispõe o art. 104 do Código Civil Brasileiro.

O contrato firmado entre os sites de compra e venda, que são fornecedores indiretos e o comprador, assim como entre este e o fornecedor direto, tem-se aqui o contrato de adesão e de compra e venda à mostra, uma vez que não há a possibilidade de se debater sobre as cláusulas nele presentes e o consumidor não pode analisar pessoalmente o produto.

Com intuito de regulamentar o comércio eletrônico, pois o CDC não dispõe expressamente no tocante às questões de comércio eletrônico, neste sentido, foi publicado no dia 15 de março de 2013, o Decreto nº 7.962/2013 que dispõe sobre a contratação no comércio eletrônico regulamentando o nosso CDC. Vale ressaltar que a publicação do referido decreto constitui uma excelente

ferramenta para regulamentar esse mercado que cresce em grandes proporções.

O decreto supramencionado determina que os sítios eletrônicos e demais meios eletrônicos utilizados para a oferta ou conclusão do contrato de consumo deverão disponibilizar endereço físico e eletrônico e demais informações necessárias para a sua localização e contato.

Além disso, o nome empresarial e número da inscrição do fornecedor no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda. Discriminação no preço de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros. Condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto.

Aliado aos dispositivos e princípios do Código de Defesa do Consumidor, o referido decreto engloba outra questão muito relevante para o âmbito do comércio eletrônico, que são as compras coletivas, pois os sítios eletrônicos e demais meios eletrônicos, utilizados para ofertas de compra coletiva ou modalidades análogas de contratação, além das informações

supracitadas, deverá informar a quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato, o prazo de utilização da oferta pelo consumidor e a identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado.

Um dos dispositivos mais utilizados do CDC no comércio eletrônico além da parte que versa sobre práticas comerciais é com certeza o exercício do direito de arrependimento previsto no art. 49 do referido diploma legal, no qual o consumidor que realizar uma compra fora do estabelecimento comercial terá um prazo de sete dias para refletir sobre a mesma, e nesse prazo poderá exercer seu direito potestativo de arrepender-se.

Isso é muito usual nas compras realizadas pela rede mundial de computadores, pois quando o consumidor adquire o produto e o mesmo é entregue em sua residência ou no local por ele determinado, pode ocorrer de ele não ficar satisfeito, bem como tantas outras situações que o fará devolver o produto dentro do prazo estipulado pelo CDC.

Destaca-se que o cenário de pandemia do coronavírus, causador da Covid-19, inúmeras pessoas se

tornaram clientes propícios para compras em ambiente virtual. A comodidade e as formas de prevenção ao vírus obrigaram o mundo a entrar em suas casas e fazer das telas de seus computadores ou celulares verdadeiras vitrines de lojas que tiveram que se readaptar a nova normalidade.

3 O COMÉRCIO ELETRÔNICO, SUAS CARACTERÍSTICAS E LEGISLAÇÃO

Vem crescendo a celebração de contratos de consumo pela via eletrônica em razão da facilidade e a praticidade que este tipo de comércio apresenta, porém muitos ainda se sentem inseguros e temem sofrer algum prejuízo, como por exemplo, nunca receber seu produto, ou mesmo que o receba, recebê-lo com algum defeito, ser falsificado, ou até mesmo ter seus cartões de crédito clonados.

Com o crescimento desse tipo de comércio, seus usuários vêm aprendendo a se prevenir, de modo a não sofrer qualquer prejuízo ou pelo menos minimizá-los, da mesma forma que muitos sites buscam diminuí-los, trazendo mais credibilidade, confiança e segurança.

A respeito do conceito de internet dispõe a Lei 12.965 de 2014,

em seu art. 5º, I, que o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes.

Respalhando o afirmado até agora sobre o e-commerce cite-se conceito de comércio eletrônico de Cláudia Lima Marques:

Trata-se do denominado “comércio eletrônico”, para se contrapor ao comércio tradicional. É o comércio “clássico” de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizado através de contratações à distância, conduzidas por meios eletrônicos (e-mail, mensagens de texto etc.), por Internet (on-line) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares etc.). Estes negócios jurídicos por meio eletrônico são concluídos sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar, daí serem denominados, normalmente, contratos à distância no comércio eletrônico, e incluem trocas de

dados digitais, textos, sons e imagens. (MARQUES,2011, p. 131.

Revela notar o que a EBIT, sigla inglesa que traduzida para o português significa LAJIR, ou seja, Lucro Antes dos Juros e Tributos, assevera sobre o assunto:

O consumidor deve procurar comprar em lojas já conhecidas e indicadas por amigos e familiares. Deve também pesquisar a seriedade e confiabilidade dessas lojas/shoppings centers virtuais em órgãos de defesa do consumidor e em sites de avaliação, nos quais outros usuários avaliam os serviços prestados por aquele determinado sítio eletrônico, conferir se a loja possui endereço, telefone ou filial física, conferir também a razão social, CNPJ e confirmar os dados no site da receita www.receita.fazenda.gov.br. Deve também ler as políticas de privacidade, devolução e troca de produtos, as formas de pagamento e as formas e prazo de entrega. (EBIT, 2017, p. 1).

A normatização legal existente é ajustada por analogia neste meio digital, ponderando sob o prisma de

que não existe uma norma específica, pois um conjunto de Direitos de vários ramos se conecta até ser formada pelo bom senso da sociedade uma determinada opinião, que aos poucos irá se moldando com correntes jurisprudências, tendências doutrinárias modernas, e princípios, até vigorar uma solução.

O consumidor pode gastar o tempo necessário para uma boa escolha e comprar com uma maior certeza aquele produto que se enquadra ao que está em busca, porém ao passo que sua liberdade aumenta a sua vulnerabilidade também aumenta, dado ao fato que ainda que efetue o pagamento, como já dito aqui, corre o risco de nunca receber o produto, pode receber produto diverso ou ainda receber mercadoria falsificada.

O marketing na internet usa recursos interativos das páginas web para prender a atenção dos clientes, capturando informações sobre gostos, modelos, preferências, e interesses, coletando informações destes através de ferramentas de software que rastreiam as atividades na web sabendo quais páginas o cliente acessou e quantas vezes.

É usada também uma técnica de personalização da web, onde empresas criam páginas exclusivas que

apresentam anúncios, mensagens de produtos e serviços para clientes individuais, fortificando o relacionamento com o cliente, por meio das informações obtidas pelo rastreamento e cadastro dele em sites. É um método que atrai a atenção do cliente, mas, por outro lado, é considerada invasão de privacidade, porque grande parte dos dados é coletada sem o cliente saber.

A pandemia do coronavírus mudou a realidade em muitas situações; nos ensinou a repensar as formas de relacionamento e até mesmo de como fazer compras.

As compras pela internet demonstram como os consumidores estão expostos e todos precisaram estar em alerta sobre os riscos que se enfrenta no e-commerce, porém as velhas práticas abusivas foram transportadas para o ambiente virtual e devemos estar em alerta para combater de todas as formas possíveis.

4 CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O que realmente interessa e deve perpetuar o consumidor ao realizar uma negociação, seja com qualquer modalidade de venda de um site, é

prestar muita atenção nas políticas estabelecidas pela página do vendedor ou intermediário e principalmente, ser cauteloso e honesto ao se cadastrar, pois muitos infortúnios ocorrem por não serem observados estes aspectos em *sites* de vendas.

Ademais, ainda mais relevante para se imputar a responsabilidade civil no consumo eletrônico é a fragilidade do consumidor frente as relações de consumo. Como já explanado, o consumidor figura o polo frágil das relações comerciais, ele é vulnerável por não ter capacidade técnica de conhecer profundamente o produto ofertado bem como o sistema de internet pode ser burlado por alguns usuários mal-intencionados.

Além disso, o consumidor é hipossuficiente, ou seja, ele não possui condições monetárias de competir em pé de igualdade com seu fornecedor em futura lide. É devido a isso que o CDC prima por conceder ao consumidor muito mais vantagens e muito mais proteção do que ao fornecedor, dando ao primeiro à possibilidade de recorrer a qualquer um dos que contribuíram para que o produto chegasse as suas mãos quando se sentir lesado em relação ao bem adquirido.

A responsabilização objetiva dos sites encontra embasamento além da jurisprudência, no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade solidária encontra embasamento legal nos artigos 7º, parágrafo único, 18 e 19, todos do Código de Defesa do consumidor.

A jurisprudência majoritária já vem decidindo pela responsabilidade objetiva e solidária entre os sites intermediários de compra e venda e o vendedor especificamente, a diferença é que a responsabilidade do site será objetiva. Quando o contrato é descumprido os valores pagos deverão ser devolvidos.

Nesse contexto, insere-se, ainda, o princípio da boa-fé o qual deve ser interpretado conjuntamente com esta teoria, conforme previsto nos artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Posto isto, os usuários não podem arcar com toda a responsabilidade e prejuízo, sendo integralmente penalizados por confiarem em um *site* que possui renome no mercado e vende a impressão de confiabilidade.

Apesar de a jurisprudência entender que os *sites* intermediadores dessas compras são responsáveis pelo dano material, entende ainda que, na

maioria dos casos, não cabe dano moral, por ser mero descumprimento contratual, mas deverá ser analisado caso a caso como é possível constatar nos julgados abaixo:

CONSUMIDOR.
COMPRA E VENDA
PELA INTERNET.
PRODUTO NÃO
ENTREGUE.
REPARAÇÃO DE
DANOS MATERIAIS
E MORAIS.
PRELIMINAR DE
ILEGITIMIDADE
PASSIVA
AFASTADA. DEVIDA
A RESTITUIÇÃO DO
VALOR PAGO.
DANOS MORAIS
NÃO
CONFIGURADOS
NO CASO
CONCRETO. 1. A
demandada Pag
Seguro possui
legitimidade para
responder pelos
danos decorrentes do
insucesso da compra
efetuada pela autora,
na medida em que
participou da
transação na
condição de
responsável pela
gestão dos
pagamentos,
integrando, por
evidente, a cadeia de
fornecedores.
Preliminar afastada.
2. Em transação
efetuada via internet,
a autora adquiriu uma
máquina fotográfica,
efetuando o
pagamento de R\$
818,29. O produto,
contudo, nunca
chegou às mãos da
consumidora, sendo
evidente o prejuízo
sofrido e o dever,

pelas rés, de
restituição do valor
pago, nos termos da
sentença proferida.3.
Dano moral não
configurado no caso
concreto, por se
tratar de mero
descumprimento
contratual,
inexistindo ofensa
anormal à
personalidade.
Nesse ponto, a
alegação de que o
produto foi adquirido
para presentear a
filha da autora não
tem o condão de
justificar a
indenização
postulada, pois, pelo
que se depreende da
inicial, a compra foi
realizada poucos dias
antes do aniversário
da adolescente, já
com a previsão de
entrega posterior à
data festiva.
4. Sentença mantida
por seus próprios
fundamentos, nos
termos do art. 46 da
Lei n.
9.099/95.RECURSO
S DESPROVIDOS.
(RIO GRANDE DO
SUL, 2012, p. 1).

Dado à complexidade da identificação do fornecedor de fato, a jurisprudência vem reconhecendo a legitimidade passiva bem como a responsabilidade objetiva dos sites de compra e venda que promovem a formação desses negócios jurídicos, como por exemplo, o Mercado Livre, uma vez que este auferi lucro com os anúncios feitos em seus sites.

Urge destacar a brilhante decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais referente ao tema do presente artigo:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - COMÉRCIO ELETRÔNICO - DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - RELAÇÃO DE CONSUMO - ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DANOS MORAIS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. - O Código de Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078/90 - em seu art. 14, determina a responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados aos consumidores por defeito relativo à prestação de serviço. Logo, se o dano ocorrer, e presente o nexo causal, deve o prestador do serviço arcar com a indenização, independente de comprovação da culpa. - O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, gerando a subsequente obrigação de indenizar, quando houver alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito

personalíssimo. - Recursos não providos. (MINAS GERAIS, 2014, p. 1).

Prevaleceu no acórdão acima, a determinação da responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados aos consumidores por defeito relativo à prestação de serviço, contida no art.14 do CDC.

Para facilitação da aplicação do CDC nas relações de comércio eletrônico, o consumidor terá que tomar algumas medidas necessárias, pois devido à concepção que o consumidor tem em relação as compras realizadas no mundo virtual, é importante que se tomem algumas medidas para concretizá-las e facilitar a aplicação do CDC.

Neste sentido, em relação à polêmica dos preços, urge salientar que o consumidor deverá imprimir todas as telas referentes a oferta bem como as especificações do produto, número do pedido, prazo e condições de entrega e formas de pagamento.

Todas essas medidas facilitarão a materialização dos direitos consumeristas, pois em caso de alguma violação a esses direitos ficará mais fácil a obtenção da tutela jurisdicional.

Ressalta-se, a imperiosa necessidade de o consumidor

comparar preços, pesquisar histórico das lojas e atualizar antivírus do computador antes de realizar a compra, são pequenos detalhes que fazem diferença e previnem eventuais problemas.

5. METODOLOGIA

O presente estudo teve início a partir de uma revisão bibliográfica sobre o crescimento de compras pela internet durante o período de Pandemia em decorrência da Covid 19.

Registre-se que a metodologia adotada é a qualitativa, partindo-se das teorias e leis para se chegar à ocorrência dos fenômenos particulares. Com efeito, para análise do tema será estudada, a priori, o exame doutrinário, para se chegar a abordagem dada à questão no âmbito dos tribunais pátrios.

Para o desenvolvimento e elaboração do presente trabalho foram utilizadas como metodologia: a Lei de n.º 12.965/14, Marco Civil da Internet no Brasil, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres aos internautas brasileiros, especificamente, no que concerne a responsabilidade dos provedores, como também, o que a doutrina e os tribunais têm entendido em alusão ao

tema deste trabalho. Logo, o presente artigo adota a finalidade descritiva.

Trata-se, principalmente, de como solucionar por uma normativa legal as relações comerciais defeituosas, que ocorrem entre o consumidor e o fornecedor de produtos, serviços e demais derivados, exclusivamente deliberadas pelo meio da internet, de forma online.

Tendo em vista tais informações, será demonstrado que no tocante à responsabilidade civil, é possível imputar a este tipo de loja virtual, todas as regras disciplinadas no Código Defesa do Consumidor, pois o site é figurado como fornecedor dos produtos comercializados através de sua plataforma de comércio eletrônico.

O presente artigo não compreende apenas a defesa processual *stricto sensu*, com as exceções opostas pelo consumidor, mas sim toda e qualquer atividade por este desenvolvida em juízo, tanto na posição de réu, como na de autor, a título individual ou pelos entes legitimados às ações coletivas.

Trata-se, portanto, da tutela judiciária dos direitos e interesses do consumidor. Justamente por isso, a preocupação do legislador, nesse passo, há de ser com a efetividade do processo destinado à proteção do

consumidor e com a facilitação de seu acesso à justiça.

Sendo assim, aproveitando os meios eletrônicos, com leitura e estudo de artigos publicados em revistas especializadas e *sites* jurídicos sobre o referido tema que o presente trabalho se desenvolve.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o avanço tecnológico, percebe-se também um aumento significativo nas relações de consumo formadas no ambiente virtual, gerando a necessidade da criação de meios eficazes para a proteção do consumidor e regras específicas para esse novo tipo de comércio.

O presente trabalho científico buscou demonstrar as consequências da relação de consumo no comércio eletrônico, bem como sobre como o consumidor e fornecedor podem tomar certas medidas para que essa relação não gere prejuízo nem dissabores para ambos.

Primeiramente foi necessário abordar conceitos essenciais ao presente trabalho. Ao analisar o conceito de consumidor e fornecedor, foi possível concluir que o primeiro é a parte vulnerável nas relações de consumo, detendo em seu favor a

presunção de vulnerabilidade, haja vista que a proteção ao consumidor é uma determinação constitucional, presente no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal. Em seu art. 4º, inciso I, o Código de Defesa do Consumidor, explicita que a Política Nacional das Relações de Consumo tem como escopo a proteção do consumidor, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, bem como a proteção dos seus interesses econômicos, transparência, harmonia das relações de consumo e a melhoria de sua qualidade de vida, atendendo os princípios do Direito do Consumidor.

Restou demonstrado os tipos de vulnerabilidade aplicáveis ao consumidor na relação de consumo, abrangendo as práticas abusivas infelizmente existentes nessa relação. Quanto ao fornecedor, chegou-se a conclusão que os sites de compra e venda são fornecedores equiparados, fazendo parte da cadeia de fornecimento, uma vez que intermediam a compra e são essenciais para o aperfeiçoamento dessa relação jurídica de consumo.

O entendimento jurisprudencial segue a linha de que serão responsabilizados objetiva e solidariamente pelo prejuízo sofrido pelo consumidor, o qual terá em seu

favor a inversão do ônus da prova, devendo provar apenas que houve o dano e que o produto foi comprado naquele determinado site.

No decorrer da pesquisa foi estudada a aplicabilidade da responsabilidade contratual, que ocorrerá quando uma violação a um vínculo preexistente fixado, no caso em tela do presente trabalho que é o contrato eletrônico, haja vista que constatado o dano e o nexo causal o consumidor deverá ser ressarcido pelo site de compra e venda, uma vez que como dito acima, é fornecedor equiparado e responsável objetiva e solidariamente.

Apesar de o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não dispor de normas específicas do comércio eletrônico, este se aplica integralmente nas relações jurídicas de consumo estabelecidas no ambiente digital.

Diante desse crescimento impulsionado pelo coronavírus, os consumidores estão se expondo cada vez mais a riscos no ambiente virtual, pois em um comércio de transações rápidas e um sistema globalizado é possível que inúmeros consumidores possam sofrer algum tipo de lesão aos seus direitos, eis a necessidade de se conseguir entender quais os direitos que podem ser transgredidos nas

compras virtuais se faz necessário compreender quem pode ser conceituado como consumidor e quais direitos goza.

Restou demonstrado que violado o contrato surge então, o ilícito contratual, que ocorrerá com o descumprimento da obrigação fixada contratualmente, como por exemplo, a não entrega do produto, a entrega de produto diverso ou a ocorrência de algum vício no produto. Ademais o dano se presume com o mero inadimplemento contratual, obrigando o fornecedor responder pelos danos materiais e eventuais danos morais a depender do caso concreto.

A responsabilidade nas relações de consumo será regida pelo princípio da segurança. O fornecedor, no caso o fornecedor equiparado, o site de compra e venda, deve cumprir com o dever de segurança criando meios para tornar as operações concretizadas em seu portal se tornem mais seguras.

Além disso, restou claro que o contrato eletrônico é um contrato de adesão formado no ambiente virtual, sendo consensual, pois se forma com a manifestação do consumidor ao adquirir o produto. O consumidor tem a obrigação de pagar o valor da mercadoria e o dever de recebê-la, conforme as características

anunciadas; o vendedor tem o dever de enviar a mercadoria com todas as características anunciadas. Vale destacar que as cláusulas contratuais deverão sempre ser interpretadas em favor do consumidor.

Por ser um contrato de adesão as partes nos contratos eletrônicos não estão em pé de igualdade, uma vez que não há espaço para deliberação, dado a sua despersonalização. O consumidor não tem possibilidade em debater as cláusulas estabelecidas pelos fornecedores, que ao elaborá-los deverão respeitar os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual, da função social do contrato, da transparência, da segurança, da confiança e da vulnerabilidade.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu o direito de sete dias de desistência a favor do consumidor, a intenção da lei é proteger o consumidor nesse tipo de transação para evitar compras por impulso ou efetuadas sob forte influência da publicidade ou do pessoal do telemarketing sem que o produto esteja sendo visto de perto ou o serviço possa ser testado.

Também foram demonstrados no presente artigo os riscos e as precauções que devem ser tomadas pelo consumidor ao realizar uma

contratação no ambiente eletrônico, bem como a vantagens e desvantagens desse tipo de comércio, uma vez que com os comerciantes e empresas buscando se reinventar durante a pandemia, o foco no e-commerce promoveu um aumento considerável dessa área.

Logo, com usuários passando cada vez mais tempo nas redes, consumindo mais conteúdo e comprando cada vez mais, fica explícita a necessidade do acompanhamento desses novos hábitos.

Ao final da pesquisa restou demonstrado que se devem aplicar as garantias previstas no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que há de fato uma relação jurídica de consumo entre o consumidor e os sites de compra e venda, os quais são fornecedores equiparados e intermediadores na compra e venda da mercadoria, parte essencial no processo, o que os leva a ser parte legítima no polo passivo em um eventual processo judicial de reparação de danos.

REFERÊNCIAS:

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de

pesquisa via internet. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 3, p. 64-75, jul./set. 2012. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/34301>>. Acesso em: 15 ago. de 2021.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Lições do Direito. Barueri, SP: Manole, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Lei 7962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 de março de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at_o2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em 02 de set. de 2021.

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de Setembro de 1990. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 set. de 2021.

BRASIL. Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at_o2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 02 set. de 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

COELHO. Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

EBIT. Disponível em: <<http://www.ebit.com.br/dicas-compra-segura-internet>>. Acesso em: 02 ago. 2021.

FAZZIO JÚNIOR, WALDO. Manual de Direito Comercial. 17. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Defeito na prestação do serviço, relação de consumo. Processo nº 1.0145.12.029488-2/001. Partes: Luis Gustavo Passos e Mercado Livre.com Atividades Internet Ltda. Relator: Alvimar de Ávila. Belo Horizonte, março, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 6. ed. revista, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quarta Turma Recursal Cível. Descontos no cartão de crédito do autor, débitos desconhecidos. Processo nº 008022-61.2017.8.21.90000. Partes: Rober de Oliveira Madruga e B2W Companhia Digital. Rio Grande do Sul, março. 2017.

A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITO E SUA ATUAL REVOLUÇÃO

Marieli Laura Ambrosio Gabarti⁷¹

Ciro Antônio Pereira Lemos⁷²

RESUMO

A pesquisa apresentada tem por escopo uma análise crítica a respeito da efetividade dos instrumentos de tentativa de conciliação aplicados ao direito processual civil, considerando-se, para tanto, a relevância da conciliação para o cenário jurídico nacional. O sistema processual brasileiro atual tem como regulamentadora das normas procedimentais relacionadas ao direito processual civil a Lei nº13.105/15 (CPC/15). No referido diploma legal percebe-se algumas alterações relacionadas às normas conciliatórias que tem o condão de privilegiar tais técnicas, bem como incentivar a resolução

consensual de conflitos como forma alternativa a colocar-se fim a lide, sem que necessariamente haja decisão direta por parte do Poder Judiciário, mas sim uma decisão entabulada pelos próprios componentes da lide. Além do caráter benéfico às partes, a resolução consensual da lide também é bastante positiva para o Judiciário em si, haja vista que quanto mais resoluções amigáveis existirem menos processos tramitarão de forma infundável e, conseqüentemente, menos recursos do Poder Judiciário serão dispendidos, o que favorece sobremaneira o alcance de uma prestação jurisdicional satisfatória. Ocorre que as técnicas conciliatórias e os meios de resoluções amigáveis de conflitos existentes em nosso ordenamento jurídico apresentam pontos falhos e não alcançam satisfatoriamente os níveis de resoluções amigáveis necessários. Logo, surge o questionamento quanto à efetividade destas técnicas, bem como a necessidade de seu aprimoramento. O presente estudo apresenta abordagem qualitativa, bibliográfico quanto aos meios e finalidade descritiva. Assim, de acordo com exposto em síntese, a intenção do presente estudo foi expor a relevância da resolução consensual dos conflitos para nosso ordenamento jurídico, bem como questionar as técnicas utilizadas para o alcance de tal fim, sendo o objetivo alcançado por meio de revisão literária.

Palavras-chave: Resolução consensual de conflitos. Técnicas conciliatórias. Prestação jurisdicional satisfatória. Aprimoramento. Código de Processo Civil/2015.

ABSTRACT

The present research has as a scope a critical analysis regarding the effectiveness of the instruments of attempted conciliation applied to the civil procedural law, considering, therefore, the principles guarantee affected to the litigants, as well

⁷¹ Graduada em Direito. Pós-graduada em Direito Processual pela Faculdade de Nova Serrana - FANS. E-mail: marieli.ambrosio@hotmail.com

⁷² Mestre em Administração, Professor da Faculdade de Nova Serrana - FANS e da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG. E-mail: prof.ciro@fans.edu.br

as the relevance of the conciliation to the national legal system. The choice of topic was due to its great importance in established legal relations, as well as the need to encourage and improve conciliatory techniques that have recently been changed with the entry into force of the Code of Civil Procedure of 2015. The analysis of the theme is of broad form always having as scope the Brazilian legal system as a whole, but directing the studies to civil procedural law and the application of conciliatory techniques in this branch of law. The current Brazilian procedural system regulates the procedural rules related to civil procedural law, Law 13.105 / 15 (CPC / 15) and in the aforementioned legal document we see some changes related to conciliatory norms that have the privilege of privileging such techniques, as well as How to encourage the consensual resolution of conflicts as an alternative way to put an end to it, without necessarily having a direct decision by the Judiciary, but rather a decision made by the parties themselves. In addition to the beneficial nature of the parties, the consensual resolution of the case is also very positive for the Judiciary itself, since the more friendly resolutions there are, the fewer prosecutions will be processed in an endless manner and consequently fewer judicial remedies will be spent, which greatly favors the scope of a satisfactory judicial remedy. It occurs that the conciliatory techniques and means of amicable resolution of conflicts existing in our legal system present flawed points and do not satisfactorily reach the levels of friendly resolutions necessary, therefore, the question arises as to the effectiveness of these techniques, as well as the need for their improvement. This study presents a qualitative approach, bibliographical as to the means and descriptive purpose. Thus, according to the summary, the intention of the present study was to expose the relevance of the consensual resolution of the conflicts to our legal system, as well as to question the techniques used to reach that goal, being the objective reached through a literary revision.

Key words: Consensus resolution of conflicts. Conciliatory techniques.

Satisfactory judicial review. Enhancement. Code of Civil Procedure / 2015.

INTRODUÇÃO

O poder Judiciário tem o importante papel de promover a resolução dos conflitos de interesse que são postos sob sua custódia fazendo com que sua função seja cumprida e o jurisdicionado tenha uma resposta satisfativa quando é necessário. Parte destes conflitos são resolvidos de forma extrajudicial, não chegando a serem levados a apreciação do Poder Judiciário, porém, boa parte não pode ser resolvida de forma extrajudicial e, então, é levada para que uma solução seja alcançada por meio de decisão judicial.

O grande volume de trabalho levado à apreciação do Judiciário atrelado à escassez de material humano gera uma demora inevitável, logo, a prestação jurisdicional fica comprometida e não satisfaz os anseios da sociedade. Uma solução para tal problema é o incentivo à conciliação e à resolução consensual dos conflitos, uma vez que a forma de resolução neste caso é bem mais rápida, eficaz e gera um custo infinitamente menor às partes e ao Poder Judiciário de uma forma geral.

Existem em nosso ordenamento jurídico várias formas que visam à obtenção da conciliação. Porém, os números obtidos em pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio do relatório do Justiça em Números 2016 mostram que a quantidade de processos resolvidos de forma amistosa são baixos e não alcançam o resultado pretendido, veja:

Pela primeira vez, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizou o número de processos resolvidos por meio de acordos, fruto de mediações ou conciliações, ao longo do ano, em toda a Justiça brasileira. O dado foi incluído na 12ª edição do Relatório Justiça em Números (ano-base 2015), publicado nesta segunda-feira (17/10). Utilizando a base de dados dos tribunais, o órgão revelou índice médio de conciliação em 11% das sentenças, resultando aproximadamente 2,9 milhões de processos finalizados de maneira autocompositiva. O acompanhamento estatístico dos números relativos à implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos nos tribunais está previsto na Resolução 125/2010.

O Índice de Conciliação é o indicador que computa o percentual de decisões e sentenças homologatórias de acordo em relação ao total de decisões terminativas e de sentenças. Em 2015, o universo era de 27, 2 milhões de decisões. O novo dado permite que o país tenha ideia da contribuição – em termos estatísticos – da importância das vias consensuais de solução de conflito para a diminuição da litigiosidade brasileira. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016b).

Desta feita, em que pese à existência de robustos meios de obtenção da conciliação, verifica-se que o sistema ainda falha no alcance de melhorias dos resultados, uma vez que, os processos resolvidos por meio de acordo ainda são em mínima quantidade diante do universo de processos existentes em trâmite.

ASPECTOS HISTÓRICOS, FILOSÓFICOS E SOCIOLÓGICOS

Primeiramente, para se analisar os métodos alternativos de conflitos, é necessário que se faça um estudo

sobre o desenvolvimento do Constitucionalismo e sua importância na atual Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Constitucionalismo

A evolução do Constitucionalismo se dá início em Atenas durante os Séculos V e VI a.c., vindo a desaparecer no final da Idade Média. Ressurgindo no século XVI com advento do Estado Absolutista, influenciado pelos pensadores Jacques Rousseau e John Locke (BARROSO, 2005).

O período moderno foi marcado pela inserção do Estado de Direito em meados do século XIX, com predomínio da razão e ciência jurídica defendida pelo ideal positivista Hans Kelsen. O positivismo baseia seu conhecimento em sua própria estrutura, razão esta pela qual, tal ordenamento sofreu uma crise logo após a Segunda Guerra Mundial, dando espaço para outras teorias jurídicas (BARROSO, 2005).

Neoconstitucionalismo no Brasil

A Segunda Guerra mundial foi o marco do constitucionalismo contemporâneo, de modo que no

Estado de Direito, a Constituição era tratada com uma mera carta política, não atuando em sua principal função, a defesa de direitos e garantias fundamentais, só sendo resguardados, caso houvesse uma previsão legal específica.

Sendo assim, o desfecho da segunda guerra mundial, trouxe a imprescindibilidade de limitar o Legislativo e homogeneizar o Judiciário, impulsionando a transição de Estado Legislativo de Direito para Estado Constitucional de Direito, tornando a Constituição norma jurídica autêntica e os direitos e garantias fundamentais passaram a ter um papel essencial, surgindo assim o Neoconstitucionalismo.

O sistema supracitado foi marcado pela sua estrutura jurídica estar firmada nos princípios fundamentais e pelo importante fato, que tal sistema conseguiu aos poucos ir superando o paradigma do formalismo político, consequentemente proporcionando ao Judiciário ser mais ativo na defesa dos direitos fundamentais.

[...] O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir após a

Segunda Guerra Mundial e especialmente desde os anos setenta do século XX. Constituições não se limitam a estabelecer poderes ou para separar as autoridades públicas, mas contêm altos níveis de "materiais" substantivas ou padrões que a ação do Estado influencia através da gestão de determinadas metas e objetivos. Exemplos representativos de tais constituições de 1978 Espanhol, 1988 brasileira e colombiana 1991. [...]. Além disso, os juízes têm a ver com a dificuldade de trabalhar com "valores" que estão constitucionalizados e requerem uma tarefa hermenêutica que é capaz de aplicar a casos específicos de forma justificada e razoável, proporcionando-lhes a forma de conteúdos políticas específicas. E tudo isso sem que, com base em tais valores constitucionalizados, a decisão do tribunal constitucional pode ser disfarçada como poder constituinte, que é realmente uma decisão mais ou menos livre do próprio juiz. A partir de tais necessidades GERAN e recriar uma série de nenhum equilíbrio fácil de manter. (CARBONELL, 2007, p. 9-10, tradução do autor).

A inserção do Neoconstitucionalismo no Brasil iniciou com o advento da Carta Magna de 1988, passando o Judiciário a exercer um papel central na estrutura do Estado, através de juízes e tribunais, todavia esse sistema também trouxe algumas objeções sobre a ênfase exagerada dada aos magistrados e tribunais, enfraquecendo assim outros meios de resguardar os direitos fundamentais, tal como a mobilização social.

Frente a essas objeções e buscando solucionar tais problemas, se deu a criação de outros mecanismos para solucionar litígios, destacando os Métodos Alternativos de solução de Conflitos que ganharam enorme relevância com a Emenda Constitucional 45/2004 exercendo a cada dia mais um papel fundamental em nossa sociedade.

A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA

Busca-se que cada vez maior número de pessoas tenha acesso às portas da justiça, como um fato comum, próprio da pessoa humana, como consequência dos respectivos direitos

e deveres ao qual todo ser humano está subordinado.

Quando se aspira analisar as dificuldades do acesso à justiça, não se pode esquecer que grande parte da população passa a metros da proteção jurídica, devido ao meio em que se vive, causa que pode ser notada em razão da grande diferenciação nas distribuições de renda, criando assim, camadas e subcamadas de população.

Ressalte-se que, muitas vezes, diante da pequenez do bem jurídico violado, quase sempre o ofendido acaba renunciando ao próprio direito, por saber que a morosidade do Judiciário lhe trará mais prejuízo do que benefício. Em geral, é a camada menos favorecida da população quem sofre com as consequências mais desastrosas da dificuldade do acesso à Justiça. A falta de acesso ao Judiciário constitui, ainda hoje, um dos problemas que mais afligem a sociedade brasileira. (SALOMÃO, 1997, p. 24).

A morosidade da justiça, também pode ser considerada umas das causas do difícil acesso a prestação jurisdicional. Oliveira resgata discurso de Rui Barbosa para seus

afilhados, os bacharelados de 1920 da Faculdade de São Paulo, onde lhes advertia:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente (OLIVEIRA, 2005, p. 75).

Para quem está tendo seu direito discutido, a tempestividade é como uma utilidade da prestação jurisdicional, fazendo com que estudiosos de todo o mundo, busquem combates para essa lentidão judiciária, proporcionando mudanças ao Sistema Processual Brasileiro, tornando-o mais flexivo e dinâmico. É fundamental, que o judiciário esteja aberto ao cidadão, lhe dando ampla estrutura e proteção, pois é sabido que todos precisam ter resguardados seus direitos bem como, suas garantias fundamentais, e o fato dessa abertura do judiciário

proporciona mais estabilidade e certeza ao cidadão, assim como menciona nossa Carta Magna em seu artigo 5, inciso XXXV “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).

É importante salientar que, infelizmente o Brasil, está entre os primeiros colocados nas pesquisas do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), em desigualdade social no mundo, (IBGE, 2020), o que consequentemente gera desigualdade ao acesso á justiça, fazendo com que a pessoa frente ao problema não veja outra saída a não ser buscar outros meios para resolução do conflito, porém na maioria das vezes, não são dotados de ética e distante de caminhos legais.

Vive-se uma era, onde se busca simplificar as normas processuais, seja no campo do direito Civil ou Penal, esta busca é um reflexo dessa desigualdade social, pois à parte hipossuficiente da relação na maioria das vezes se vê de mãos atadas, frente um sistema tão burocrático; fazendo esta simplificação objetiva-se que mais pessoas possam ter a possibilidade de serem socorridas pelo Judiciário.

A revolução processual brasileira

Vivencia-se uma revolução à forma de fazer justiça, buscando uma reestruturação processual, e adequando o processo à era pós-industrial a qual vive-se atualmente. Tempo em que a informática tem sido a fonte de satisfação da necessidade humana e além de tudo uma ferramenta de suma importância para o trabalho à distância. O que pôde, realmente, ser comprovado na prática, devido à Pandemia (COVID-19), inúmeros processos tiveram seu andamento de forma virtual, para que não comprometesse sua satisfação integral e célere.

Um dos assuntos mais comentados, é a simplificação da linguagem jurídica, o famoso “juridiques”. É inaceitável conformar-se que uma sociedade com tantas diferenças sociais como a nossa, se veja presa a um sistema, onde apenas pessoas com elevado grau de estudo entendam o que lhe está sendo dito; se o acesso à Justiça é direito fundamental de todos; é inaceitável que esses todos seja apenas a camada mais alta da população. Reconhecer essa necessária mudança, é um dos primeiros passos na democratização da justiça.

É sabido, que a entrega da prestação jurisdicional, tem de tramitar por um processo regrado, afim de que as partes possam ser ouvidas, lhe garantindo seu contraditório e ampla defesa, que são princípios basilares de todo processo, mas esse processo precisa ser àquele almejado pela população, e não um “calcanhar de Aquiles” tem que lhe dar segurança jurídica e não incertezas e dolorosas dúvidas.

A fim de proporcionar uma justiça justa e ao mesmo tempo ágil, surge a Lei dos Juizados Especiais, simplificada e de amplo acesso. Tal procedimento faz com que os juízes, abandonem seus monólogos e permitam um diálogo mais compreensível a todos. É importante salientar que os tribunais também precisam se adequar a tal simplificação, pois a justiça é composta de todas suas instâncias e o cidadão tem como direito o acesso a elas.

Ressalta-se, que a atuação do Poder Judiciário, tem recebido inúmeras críticas, contudo é necessário que o judiciário melhore seus instrumentos de trabalho. A legislação nacional além de estar deficiente, tem gerado uma situação caótica em nosso Judiciário, possuindo ritos que tem fins

em si mesmo, nos mostrando a grande inversão de valores.

Diante do exposto, é mais que visível a necessidade de uma urgente transformação, é necessário que o Poder Judiciário de adapte ao mundo moderno, sendo mais eficiente e buscando realmente cumprir seu papel no Estado Democrático de Direitos, possibilitando a todo e qualquer cidadão que alcance as portas da justiça. Comunicar-se com clareza, utilizando a tecnologia, passa a ser, portanto, uma função inerente a todos os tribunais.

Foram todos estes fatores que contribuíram para a reforma do Código de Processo Civil. O novo código faz com que o Poder Judiciário caminhe para solucionar litígios através de métodos consensuais, sendo estes mais céleres e eficientes. Vê-se ainda que o Estado está caminhando nesta mudança, sendo uma grande realização, por menor que seja esse avanço.

A evolução do instituto no ordenamento jurídico pátrio

O ordenamento jurídico atual adotou, de forma clara, os meios consensuais como uma maneira válida e possível de resolução dos conflitos,

porém, isso é resultado de uma longa evolução histórica. A conciliação sempre esteve presente no nosso ordenamento jurídico, mas nem sempre teve a força que lhe é dada hoje, ficando sempre em plano secundário.

A aparição da conciliação no nosso ordenamento jurídico se dá desde o período Imperial com a entrada em vigor da Constituição do Império em 25 de março de 1824. Segundo afirma Érica Barbosa e Silva, “a referida Constituição incentivava expressamente a solução de litígios por outros meios que não a decisão judicial” (SILVA, 2012, p. 153). Ademais, continua a autora, naquela época, por influência do direito francês, a tentativa de conciliação das partes era pré-requisito para o ajuizamento de qualquer ação, logo, o jurisdicionado encontrava-se obrigado a, no mínimo, tentar a conciliação antes de tomar qualquer medida relacionada a processo em si. Logo após a proclamação da República Federativa do Brasil, o Decreto 359 datado de 26 de abril de 1890, afastou a imposição da tentativa de conciliação prévia como óbice ao ajuizamento das ações, haja vista que a efetividade de tais conciliações era baixa e obstaculizava o acesso à justiça.

O revogado Código de Processo Civil de 1973 voltou a instaurar a conciliação entre as partes, porém sem seu caráter de obrigatoriedade. Tal instituto veio difundido no curso do processo e a conciliação seria conduzida e tentada pelo juiz da causa. A conciliação voltou a ganhar maior realce a partir das reformas processuais iniciadas em meados da década de 70. Segundo afirma Érica Barbosa e Silva, a reafirmação da conciliação teve o importante papel de buscar oferecer às partes uma forma de resolução dos conflitos que não pautasse exclusivamente na solução litigiosa:

[...] Essa volta da conciliação foi vista principalmente pela instituição dos Conselhos de Conciliação e Arbitramento, ocorrida no Rio Grande do Sul, Busca do oferecer às partes as condições necessárias para a resolução consensual dos conflitos, como alternativa à forma adjudicada. Essa experiência inovadora imprimiu credibilidade à ideia de uma Justiça cujo protagonismo poderia ser desempenhado pelas próprias partes, voltadas à construção do consenso, fortalecendo as discussões sobre sua

viabilidade, bem como sobre a respectiva adesão da sociedade. (SILVA, 2012, p. 158).

Outro avanço importante no que tange o instituto da conciliação refere-se a criação do Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei nº7.244 de 07 de novembro de 1984). Tais juizados eram de grande importância na resolução dos conflitos alcançando números expressivos e fazendo com que a conciliação tornasse-se mais prestigiada. A promulgação da lei que criou o Juizado Especial de Pequenas Causas trouxe grande revolução para o direito processual pátrio, ampliando o acesso à justiça e valorizando a nova figura que surgirá, qual seja, o conciliador. Tal lei também serviu de incentivo para criação do nosso atual modelo de juizado especial que igualmente desempenha importante papel na resolução dos conflitos postos perante o Poder Judiciário.

A CRFB/88 não prevê expressamente em seu texto normas referentes à conciliação, porém, extrai-se do texto constitucional numerosos fundamentos políticos e ideológicos que dão forte sustentação aos meios consensuais e incentiva a solução pacífica das controvérsias na ordem interna e internacional.

O Conselho Nacional de Justiça ciente da necessidade de maior utilização das técnicas conciliatórias sempre se vale de atos e medidas capazes de incentivar e maximizar o uso de tais técnicas no âmbito do judiciário. Em 2006 foi lançado pelo referido conselho o Movimento da Conciliação, cujo objetivo era incentivar a adoção de meios consensuais na resolução dos conflitos. O citado movimento teve colaboração de todos os tribunais do território nacional, porém sem a efetiva obrigatoriedade de adesão. Seguindo as diretrizes fixadas neste programa, uma ação tem maior destaque e mantém-se constante até os dias atuais, é ela a chamada “Semana Nacional da Conciliação”, que acontece todos os anos e incentiva a conciliação como forma mais presente de resolução dos conflitos.

O atual Código de Processo Civil trouxe várias inovações no que tange às técnicas conciliatórias o que, inclusive, será tema de capítulo específico desta monografia. Dentre algumas manobras conciliatórias adotadas pelo CPC vemos a antecipação da audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC, bem como a obrigatoriedade de estímulo das partes, juízes, advogados, defensores públicos e membros do

Ministério Público na resolução amistosa dos conflitos. O artigo 3º do referido diploma legal é bastante claro ao incentivar e enaltecer a conciliação veja:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
 § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
 § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
 § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015).

De plano verifica-se o destaque dado pelo atual Código de Processo Civil aos instrumentos conciliatórios, bem como ao incentivo das partes em alcançarem a resolução de seus conflitos por meios consensuais. Tal enaltecimento do instituto tem por objetivo incentivar a prática de atos conciliatórios e assim promover o maior número possível de acordos que terminam por descongestionar o “inchado” Poder Judiciário.

Assim, vê-se que o instituto jurídico da conciliação sofreu com o passar dos anos grande evolução que culminou em seu aperfeiçoamento e maior relevância para o nosso atual sistema jurídico, todavia, verifica-se que, muito embora tenham ocorrido várias mudanças evolutivas, as atuais práticas conciliatórias ainda estão longe de alcançar seu patamar ideal necessitando, ainda, de várias mudanças, a fim de que seu perfeito funcionamento ocorra e um maior número de conflitos seja resolvido de forma consensual.

Considerações finais

O presente trabalho teve por finalidade, promover o estudo acerca da real efetividade dos instrumentos de tentativa de conciliação aplicados ao Direito Processual Civil.

A necessidade de aplicação das técnicas conciliatórias, tem cada vez mais recebido destaque no cenário jurídico brasileiro, pois, a resolução consensual, além de ser menos onerosa também para o Poder Judiciário, evita com que demandas processuais se arrastem de forma infundável durante longo lapso temporal, causando dispêndio de tempo e recursos públicos. A situação

de prestação jurisdicional de baixa qualidade e a morosidade processual vivenciados pelo Poder Judiciário Brasileiro, clamam por uma solução urgente e menos onerosa, a fim de que o problema seja, ao menos, minimizado. Assim, no intuito de tentar uma resolução ao problema, as técnicas conciliatórias são uma ferramenta poderosa e devem ser exploradas ao máximo na tentativa de colocar-se fim as lides de forma consensual.

Diante desta necessidade apresentada pelo Poder Judiciário, restou constatado com o presente estudo que, medidas vem sendo adotadas para que os instrumentos de tentativa de conciliação tenham maior efetividade. Percebe-se melhor isso com o advento do Código de Processo Civil/15 que trouxe alterações no campo das técnicas e práticas referentes à resolução consensual dos conflitos, principalmente no que tange a audiência conciliatória, prevista no artigo 334 do CPC que surgiu no intuito de facilitar a comunicação entre as partes, propiciando o acordo.

Além disso, surgiram também os centros judiciários de solução consensual de conflitos ou CEJUSC's também com o intuito de da maior efetividade às audiências

supramencionadas vindo, conclusivamente, a melhorar e facilitar a obtenção da resolução consensual dos conflitos. Logo, percebe-se que, há movimentação no sentido de aperfeiçoamento das técnicas conciliatórias, porém pouca efetividade ainda é percebida.

Conclui-se, também que, programas e políticas pró-resolução consensual dos conflitos vem sendo cada vez mais incentivados, principalmente pelo Conselho Nacional de Justiça, todavia, muito ainda precisa ser alterado para que as resoluções consensuais dos conflitos atinjam um patamar satisfatório. O aperfeiçoamento das técnicas já existentes, além da criação de novas técnicas tendo em conta a modernidade e evolução dos conflitos é algo que precisa urgentemente ser realizado, pois, somente a partir daí teremos maior efetividade e um atendimento satisfatório dos conflitos por meio das técnicas conciliatórias.

Por fim, imperioso concluir-se que, diante da baixa efetividade das atuais técnicas e instrumentos conciliatórios na resolução consensual dos conflitos é cristalina e notória a necessidade de aperfeiçoamento das técnicas atualmente existentes, principalmente no que tange os

mediadores/conciliadores, dando-lhes capacitação e conhecimento suficientes a conseguirem resolver as lides de forma consensual auxiliando as partes no melhor caminho. Além disso, necessária à inovação, ou seja, a criação de novos instrumentos de resolução consensual dos conflitos, mais evoluídos e que alcancem com maior efetividade os conflitos de interesse hoje em dia existentes, dando maior efetividade a estas medidas e consequentemente resolvendo as lides de forma consensualmente mais satisfatória.

Referências:

- BARROSO, Roberto. **Luís** **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 28 set 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Presidência de República, Brasília, DF, 11 jan. de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEI/S/L5869.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.
- BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Institui a Lei de Arbitragem. Presidência de República, Brasília, DF, 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Presidência de República, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 7 jan. 2016.
- BUITONI, Ademir. A ilusão do normativismo e a mediação. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 87, 2006.
- CARBONELL, Miguel. El Constitucionalismo en su Laberinto. In: Miguel Carbonell (Org.). **Teoría del Neoconstitucionalismo.** Madrid: Trotta, 2007. (Colección Estructuras Y Procesos, Serie Derecho).
- CARDOSO, Oscar Valente. Especial Arbitragem Vantagens e desvantagens. É fundamental analisar todos os seus aspectos na hora de escolher a forma de resolução de conflitos. **Revista Jurídica**, Edição 99.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2016**, Out. 2016a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números traz índice de conciliação.** 2016b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indice-de-conciliacao-pela-1-vez>>. Acesso em: 1 dez. 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº125**, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais.** 2017. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2017.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOPGRAFIA E ESTATÍSTICA. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. **Estudos e pesquisas. Informações Demográficas e Socioeconômica.** ISSN 1516-3296; n. 43. 2020. <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf> . Acesso em: 28 set 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016a.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.** Salvador: Juspodivm, 2016b.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

OLIVEIRA, Vallisney de S. **O tempo do processo na reforma judiciária brasileira.** Justiça e Cidadania. Ed. 59. 2005.

PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana De Almeida (Coord.). **Conciliação e mediação:** estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis.** Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SILLMANN, Marina Matos. **Os meios alternativos de resolução de conflitos e a importância de sua divulgação para a sociedade.** Belo Horizonte: Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), 2012. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/Artigo_Os_meios_alternativos.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2016.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Mediação, arbitragem e conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 7.

SILVA, Érica Barbosa e. **A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação.** Faculdade de Direito de São Paulo, Departamento de Direito Processual. São Paulo, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas.** Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 57. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA DIANTE A IMPOSSIBILIDADE DE PERÍCIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Ciro Antônio Pereira Lemos⁷³

Karen Cristina Rodrigues Torres Carvalho⁷⁴

Patrícia de Oliveira Rodrigues⁷⁵

RESUMO

O presente trabalho, em uma breve explanação, busca analisar a possibilidade de produções de provas periciais no âmbito dos Juizados Especiais. No texto da Lei 9.099/95, não há impedimentos quanto à realização de perícias técnicas neste órgão, desde que não se trate de causa mais complexa. No entanto, sempre prevaleceu o entendimento jurisprudencial de que havendo necessidade de realização de perícia, configura-se, automaticamente, a complexidade da causa, afastando-se, assim, a competência dos Juizados Especiais. Frente ao exposto, foi feito um trabalho com abordagem qualitativa e finalidade descritiva, abordando-se a necessidade de se observar o princípio do direito de acesso à justiça, visando possibilitar a realização de perícia técnica nos Juizados Especiais Cíveis, quando demonstrada a menor complexidade da causa, e da realização desta.

Palavras-chaves: Juizados Especiais; prova pericial; acesso à justiça.

ABSTRACT

⁷³Mestre em Administração Profissional, Professor da Faculdade de Nova Serrana - FANS e da Universidade Estadual de Minas Gerais – UEMG - e-mail: prof.ciro@fans.edu.br.

⁷⁴Graduada em Direito. Pós- Graduada em Direito Processual na FANS - e-mail: karen.lex.2015@hotmail.com

The present work, in a brief explanation, seeks to analyze the possibility of production of expert evidence within the Special Courts. In the text of Law 9,099/95, there are no impediments to the performance of technical expertise in this body, as long as it is not a more complex cause. However, the jurisprudential understanding has always prevailed that if there is a need to carry out an expertise, the complexity of the case is automatically configured, thus evading the jurisdiction of the Special Courts. In view of the above, a study was carried out with a qualitative approach, descriptive and exploratory purpose, addressing the need to observe the principle of the right of access to justice, aiming to enable the performance of technical expertise in Special Civil Courts, when the minor complexity of the cause, and its realization.

Keywords: Special Courts; expert proof; access to justice.

1- INTRODUÇÃO

Desde a publicação da Lei 9099/95 predominava o entendimento de que não se admite a produção de provas periciais no âmbito dos Juizados

⁷⁵Graduada em Direito. Pós- Graduada em Direito Processual na FANS - e-mail: patriciaoliveiraadv28@gmail.com

Especiais. Assim vem sendo a posição dos entendimentos jurisprudenciais, os quais, na maioria das vezes, quando demonstrada a necessidade de produção de provas, extinguem o processo inadmissibilidade do procedimento, com base no artigo 51, inciso II.

Embora os entendimentos tenham sido vinculados pela impossibilidade de produção de provas nos Juizados, é importante observar que nenhum artigo reza ser incabível a produção de provas periciais. Pelo contrário, a lei, em seus artigos 32 e 35 concede as partes utilizarem de todos os meios de prova moralmente legítimos, e ao Juiz, o poder de inquirir técnicos de sua confiança, quando a prova do fato exigir (VADE MECUM, 2015, p. 1674).

Assim, resta claro que a competência dos Juizados Especiais se relaciona com a menor complexidade da causa, não sendo lícito condicioná-la à necessidade ou não de prova pericial, até mesmo porque, pode-se afrontar ao princípio constitucional do acesso à Justiça.

2- REFERENCIAL TEÓRICO

O referencial teórico foi baseado na necessidade de se discutir

sobre a produção de provas técnicas no âmbito dos Juizados Especiais. Isso, porque a lei 9.099/95 estabelece alguns critérios para que os processos neste órgão sigam um rito mais célere e informal, ao passo que nele, se discute causas de menor complexidade. Assim, ao longo da pesquisa, apresenta-se uma abordagem acerca da possibilidade de realização de perícia técnica no âmbito dos juizados especiais, quando esta for de menor complexidade, garantindo às partes o acesso à justiça e um trâmite processual menos burocrático.

2.1- Principais aspectos da Lei do Juizado Especial

A lei 9.099/95, é um instrumento normativo que disciplina o funcionamento dos Juizados Cíveis e Criminais no âmbito Estadual da Justiça brasileira. Estes são órgãos do poder Judiciário que se constituem em um verdadeiro microssistema e possuem a finalidade de processar e julgar questões de menor complexidade.

A lei que rege os juizados especiais estabelece dois procedimentos, sendo estes, o sumaríssimo e o executivo dos títulos

extrajudiciais de até 40 salários mínimos, como ensina Rocha (2020):

O procedimento sumaríssimo retrata o rito a ser adotado nos Juizados nas “ações de conhecimento”, ou seja, nas ações que têm por objetivo principal e mediato obter uma tutela cognitiva, de natureza declaratória, constitutiva ou condenatória. Da mesma forma que no procedimento comum do CPC, o procedimento sumaríssimo possui uma estrutura sincrética, composta por uma fase cognitiva (arts. 14 a 51) e uma fase executiva (art. 52). Assim, caso uma das partes não cumpra voluntariamente uma obrigação imposta por pronunciamento judicial, inicia-se a fase executiva, de forma incidental, dentro do mesmo processo. Já o procedimento executivo serve para guiar as ações de execuções por quantia certa, fundadas em títulos executivos extrajudiciais com valor de até 40 salários mínimos (arts. 3º, § 1º, II, e 53). Esse procedimento segue a estrutura básica estabelecida pelo CPC (arts. 824 e seguintes), mas com a previsão de uma audiência de conciliação, onde, não havendo a

solução consensual do conflito, o executado poderá apresentar, oralmente ou por escrito, seus embargos executivos (art. 53, § 1º). (ROCHA, 2020, p.107)

Diante disto, quando se fala em Juizado Especial, a ideia principal é que tal órgão diz respeito a “pequenas causas”, o que, de certo modo, não é errado. Todavia, esse órgão do Poder Judiciário tem um papel mais relevante na sociedade, principalmente quando se espera uma prestação jurisdicional célere e prática.

Desta forma, a criação da Lei 9.099/95, foi uma conquista importante para a sociedade ao que tange o acesso à justiça de forma desburocratizada, já que este é regido por alguns princípios que simplificam o rito processual, como oralidade, simplicidade, informalidade economia processual e celeridade.

Neste trabalho, trata-se o juizado especial no âmbito civil, onde se discorre sobre a possibilidade ou não da realização de prova técnica/pericial. Na oportunidade, abordam-se os princípios constitucionais que regem a Lei 9.099/95, e discute-se sobre a violação desses princípios, quando do não

deferimento de utilização de perícias técnicas previstas no artigo 35 da referida lei.

valor excedente e às partes a conciliação sobre valor superior (CHIMENTI, 2012, p. 60).

2.1.2- Competência do Juizado Especial Cível

A competência dos Juizados Especiais já veio preconizada inicialmente na Constituição Federal em seu artigo 98, I, (VADE MECUM, 2015, p.63), e posteriormente o Juizado Especial Cível passou a ser regulado pela Lei 9.099/95.

Os Juizados Cíveis têm competência para conciliar, processar e julgar as causas cíveis de menor complexidade. Assim, para que a causa seja submetida ao Juizado Cível, o seu valor econômico não pode ultrapassar 40 salários-mínimos.

Sobre a matéria, CHIMENTI (2012), discorre que:

Em razão exclusivamente do valor (*ratione valoris*), quer se trate de pedido principal, quer se trate de pedido contraposto, nos Juizados dos Estados e do Distrito Federal são aceitas as causas que não excedam a 40 vezes o salário mínimo (ou 20 salários mínimos se o autor estiver desacompanhado de advogado), facultando-se ao autor a renúncia ao

Além disso, é importante que sejam observados os requisitos do art. 3º e seus incisos, bem como o §2º do mesmo artigo, (VADE MECUM, 2015, p.1.672), que menciona as demais condições para que a causa seja processada no Juizado Cível, levando-se em consideração a natureza da matéria em questão.

Cabe destacar ainda, que o posicionamento majoritário dos doutrinadores e julgados sobre os Juizados especiais é que a competência citada no mencionado artigo tem natureza relativa, ou seja, mesmo que a parte possua uma causa dentro do valor previsto na lei, ela tem a possibilidade de optar por ingressar na justiça comum ou no próprio juizado.

2.1.3 - As partes no juizado especial

Embora o juizado especial tenha uma dinâmica mais célere, simples e informal, conforme já fora exposto, importante esclarecer que nem toda pessoa física e jurídica pode ser parte na esfera cível do juizado especial.

Por isso, deve-se observar o rol taxativo previsto no art. 8º que menciona quem poderá e não poderá propor demandas nos referidos juizados.

Segundo Chimenti (2018), o § 1º do art. 8º da Lei n. 9.099/95 preconiza que somente as pessoas físicas capazes, as pessoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (nos termos da Lei n. 9.790, de 23-3-1999), as sociedades de crédito ao microempreendedor (art. 1o da Lei n. 10.194, de 14-2-2001), as microempresas e as empresas de pequeno porte são legitimadas a ingressar com ação perante os Juizados Especiais, excluindo destes, os cessionários de direito de pessoas jurídicas.

Já o *caput* do mencionado artigo, traz em seu rol as partes que não poderão ingressar no Juizado Especial, quais sejam: o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil. Por essa razão, mesmo que a ação se enquadrasse na competência no juizado, não poderá ser proposta por qualquer das partes previstas, devendo ser ajuizada na vara cível ou na vara federal.

Insta destacar que no caso do Juizado Especial, a capacidade postulatória pode ser atribuída a parte interessada, sem advogado, desde que a causa não ultrapasse vinte salários-mínimos. Já nas causas que o valor ultrapassa os vinte salários-mínimos, obrigatoriamente a parte deverá comparecer assistida por advogado, podendo ser ofertada, caso desejado, a assistência do advogado “dativo”. De acordo com a Lei 9.099/95 estabelece o “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória” (VADE MECUM, 2015, p.1673).

Por fim, importa-se frisar que no caso no Juizado especial não se admite intervenção de terceiros, mas permite o incidente de descon sideração da personalidade jurídica.

2.1.4- Das provas no Juizado especial

Como regra, o autor de uma ação tem o ônus de produzir provas dos fatos constitutivos dos direitos pretendidos, já ao réu cabe fazer provas de fatos impeditivos, extintivos e

modificativos. SALES (2019) nos traz a definição de prova, como sendo:

Entende-se por prova todo meio apto a demonstrar a veracidade de uma proposição ou a realidade de um fato. É através da prova que se tenta convencer alguém sobre alguma coisa. No processo, a prova deve incidir sobre os fatos da causa, tendo por finalidade a formação da convicção do juiz a respeito dos fatos da causa (SALES, 2019, p. 101).

que: Sales (2019) destaca ainda,

O objeto da prova são os fatos relevantes, pertinentes e controvertidos narrados no processo pelo autor e réu. A prova tanto tem natureza processual, de ser apresentada no processo, como é forma de demonstrar os negócios jurídicos praticados pelas partes (SALES, 2019, p. 104).

No procedimento do Juizado Especial Cível estão previstos, os seguintes meios de prova: **documental**, (art. 29, par. Único) (VADE MECUM, 2015, p. 1.674), **oral**, incluindo depoimento pessoal e oitiva de testemunhas (arts. 28 e 34) (VADE MECUM, 2015, p. 1674), e **técnica**, (art.35) (VADE MECUM, 2015, p.1674).

No caso do Juizado Especial, o autor deverá apresentar as provas durante a propositura da ação e o réu na apresentação de sua defesa.

Em caso de os documentos serem insuficientes a demonstrar/comprovar os fatos alegados, poderão as partes produzirem as provas em audiência, ou seja, esclarecer os pontos contravertidos trazidos aos autos.

Segundo entendimento de ROCHA (2020):

[...] é perfeitamente possível conferir às partes essa escolha, pois ela decorre do reconhecimento de que o sistema da Lei 9.099/1995 restringe de forma marcante alguns aspectos que decorrem de garantias fundamentais, como, por exemplo, a imposição da produção de todas as provas em audiência, ainda que não requeridas previamente, o limite de três testemunhas, a perícia técnica informal, o curto período em que se desenrolam as etapas, a impossibilidade de ação rescisória etc. Assim, o demandante, ciente dessas limitações pela advertência que o juiz (leigo ou togado) está obrigado a fazer no início da audiência de conciliação (art. 21),

admite a “redução” das garantias que lhe são conferidas em nome de outros benefícios (celeridade, isenção de custas, concentração dos atos etc.).¹⁵ Em suma, a opcionalidade nada mais é do que o reconhecimento, pelo Estado, da impossibilidade de impor ao indivíduo a drástica mitigação das garantias processuais previstas na Lei 9.099/1995 (ROCHA, 2020, p. 108).

Insta salientar que, quando a parte possuir a capacidade postulatória prevista no artigo 9º da referida lei, (VADE MECUM, 2015 p. 1.673), esta poderá comparecer em audiência de instrução também desacompanhada de advogado. Importa-se esclarecer que por se tratar de um ato processual bastante técnico, é extremamente importante que, sempre que possível, a parte esteja assistida por um advogado.

Apesar da lei supracitada preconizar que a audiência de instrução deveria ocorrer na conciliação, em geral não é assim que ocorre. Geralmente é realizada inicialmente a audiência de conciliação, e caso necessário será designada a audiência de instrução.

O artigo 32 descreve que os meios de prova cabíveis no Juizado, são todas as moralmente legítimas, não limitando meios de provas. No entanto, foi consolidado o entendimento de que não caberia prova pericial no âmbito do Juizado especial, mas a lei permite a prova técnica conforme artigo 35 “Quando a prova do fato exigir, o juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes apresentação de parecer técnico.” (VADE MECUM, 2015, p. 1674).

Sendo assim, no que tange às provas no âmbito dos Juizados Especiais, tem-se que a lei reconhece que qualquer meio de prova será admitido, desde que seja moralmente legítimo. Não serão admitidas, todavia, as provas obtidas por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI) (VADE MECUM, 2015, p.35).

2.1.5 - Princípios norteadores do Juizado especial

De acordo com o art. 2º da lei 9.099/95, (VADE MECUM, 2015, p. 1672), os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, são os que orientam o trâmite processual na esfera dos Juizados Especiais. Logo, tais princípios devem ser aplicados com o

objetivo de se alcançar a conciliação e/ou a transação entre as partes.

Importante citar também alguns princípios constitucionais, que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Sabe-se, que os princípios constitucionais são regidos de bens e valores considerados fundamentos de validade de todo sistema jurídico.

Insta salientar, que no que tange aos princípios constitucionais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, destacaremos aqui apenas os que se aplicam ao presente artigo, visando demonstrar que na impossibilidade de realização de perícia no âmbito dos juizados especiais, restam claramente violados os princípios do contraditório, ampla defesa e principalmente o do acesso à justiça.

Descreve-se em seguida, brevemente sobre cada princípio que norteia o Juizado Especial, bem como os princípios constitucionais, que regem todo o ordenamento jurídico brasileiro. São eles:

Princípio da oralidade: é importante destacar que este princípio deve orientar o trâmite dos processos nos Juizados Especiais, sob pena de a finalidade da lei 9.099/95 não ser alcançada no que diz respeito à rápida

prestação jurisdicional, já que a ideia do Juizado Especial é um trâmite processual célere e informal. Ricardo Cunha Chimenti (2004), assim dispõe sobre o assunto:

Visando à simplificação e à celeridade dos processos que tramitam no sistema especial, o legislador priorizou o critério da oralidade desde a apresentação do pedido inicial (§ 3º do art. 14 da Lei n. 9.099/95) até a fase da execução dos julgados, reservando a forma escrita aos atos essenciais (§ 3º do art. 13). (CHIMENTI, 2004, p. 8-9).

Importante dizer ainda, que quando tratamos sobre o princípio da oralidade, não significa que o processo será oral na sua integralidade, mas que apenas os atos essenciais serão documentados de forma resumida, sendo que os demais poderão ser gravados, prevalecendo, portanto, a oralidade.

Quanto os princípios da simplicidade e da informalidade, estes se aplicam às causas menor complexidade que devem tramitar nos Juizados Especiais, bem como a realização de determinados atos processuais de forma simples e objetiva, como, por exemplo, a citação

do requerido, que, via de regra, é pessoal, não sendo admitida a citação por edital no âmbito dos Juizados Especiais, é o que preconiza CHIMENTI (2012):

Seguindo a orientação já firmada na Lei n. 7.244/84, a Lei n. 9.099/95 demonstra que a maior preocupação do operador do sistema dos Juizados Especiais deve ser a matéria de fundo, a realização da justiça de forma simples e objetiva. Por isso, independentemente da forma adotada, os atos processuais são considerados válidos sempre que atingem sua finalidade (art. 13 da lei especial) (CHIMENTI, 2012, p. 35).

Já o princípio da celeridade, diz respeito à expectativa do Judiciário no que diz respeito a uma prestação jurisdicional rápida e eficiente.

Importante pontuar aqui, que a celeridade processual não deve se sobressair ao nem mesmo prejudicar a segurança jurídica. Assim, a decisão judicial no âmbito do Juizado Especial deve ser justa, e com presteza, visando atender os fins sociais previstos na Lei 9.099/95, como ensina Chimenti (2012):

A maior expectativa gerada pelo Sistema

dos Juizados é a sua promessa de celeridade sem violação do princípio da segurança das relações jurídicas. O critério foi elevado a direito fundamental pelo inciso LXXVIII do art. 5º da CF, na redação da Emenda Constitucional n. 45. (CHIMENTI, 2012, p.48).

Pelo princípio da economia processual, espera-se que o trâmite processual nos Juizados Especiais seja eficaz e com o mínimo de atos processuais. Logo, este princípio está totalmente interligado ao princípio da celeridade, e espera-se o máximo de rendimento com o mínimo de gasto possível, conforme preconiza Chimenti (2012, p.38) ao dizer que “O princípio da economia processual visa a obtenção do máximo rendimento da lei com o mínimo de atos processuais.”

Ainda, ao que tange aos princípios Constitucionais, importa-se abordar sobre o acesso à Justiça, o contraditório e a ampla defesa.

Um dos mais importantes no referido artigo é o princípio do acesso à Justiça. Este é um direito fundamental previsto no inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (VADE MECUM, 2015, p.340 que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ou seja, é através dele que é garantido a todos os brasileiros a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário e à Justiça. Dessa maneira, é responsabilidade do Estado garantir que todos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes do país possam reivindicar seus direitos, através do acesso à justiça. Sobre o tema, discorre Gonçalves (2019):

Ele se traduz no direito de ação em sentido amplo, isto é, o de obter do Poder Judiciário uma resposta aos requerimentos a ele dirigidos. Esse direito é amplo e incondicional: o Judiciário não pode se recusar a examinar e a responder os pedidos que lhe foram formulados. Pode ser que a resposta se limite a informar ao autor que a pretensão não pode ser examinada, porque faltam as condições essenciais para isso. Mas tal informação provirá de um juiz, que terá examinado o processo e apresentado fundamentação adequada para a sua decisão. (GONÇALVES, 2019, p. 60/61)

Nota-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988, impõe

alguns critérios com relação a esse princípio, no sentido de estabelecer que o legislador não crie obstáculos a quem teve seu direito lesado com relação aos fatos decorrentes, ou que mesmo esteja sob a ameaça de vir a tê-lo, de submeter a sua pretensão junto ao Poder Judiciário.

Quanto aos princípios do contraditório e ampla defesa, estes estão previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (VADE MECUM, 2015, p. 35).

De acordo com Gonçalves (2020), deste princípio, resultam duas exigências: a de se dar ciência aos réus (incluindo executados e interessados), da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa, permitindo assim, que estes tenham a oportunidade de se manifestar nos autos. Logo, o juiz deverá ouvir aquilo que os participantes do processo têm a dizer, e, para tanto, é necessário lhes dar oportunidade de se manifestarem e ter ciência do que se passa, pois, sem o conhecimento da ação, não terão condições adequadas para se manifestar.

Estes princípios exprimem a garantia de que ninguém pode sofrer os efeitos de uma sentença sem ter tido a possibilidade de ser parte do processo do qual esta provém, ou seja, sem ter tido a possibilidade de uma efetiva participação na formação da decisão judicial (direito de defesa).

2.1.6 – Da possibilidade de prova “pericial” técnica no âmbito dos juizados especiais cíveis sob a ótica do acesso à justiça

O artigo 35 da Lei 9.099/95, preconiza que “Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.” (VADE MECUM, 2015, p. 1674). Ocorre que, apesar de a lei ser clara quanto à possibilidade de realização de perícias técnicas, este não é entendimento que prevalece nos tribunais, os quais entendem que sempre que demonstrada a necessidade de realização de perícia técnica resta afastada automaticamente a competência dos Juizados Especiais, sendo considerada a causa como

complexa, havendo clara violação ao princípio do acesso à Justiça.

No caso, a competência dos Juizados Especiais Cíveis deve se relacionar somente com a menor complexidade da causa (art. 3º), não sendo válido vinculá-la à necessidade ou não de prova pericial, até mesmo porque nenhum artigo da referida lei delibera ser incabível a realização de perícias. Pelo contrário, a própria lei em seus artigos 32 e 35 prevêem que são aptos para demonstrar a veracidade dos fatos alegados, todos os meios de provas legítimos, e ainda permite ao Juiz inquirir técnicos de sua confiança (VADE MECUM, 2015, p. 1674).

Importante destacar ainda, que o Enunciado 12 do FONAJE ⁷⁶ autoriza a realização de perícia informal no âmbito dos Juizados Especiais.

Acerca do tema, Sales (2019), discorre que:

Essa perícia informal é feita colhendo-se o depoimento de um técnico de confiança do juiz na própria audiência sobre o objeto da prova, permitindo-se às partes que apresentem pareceres técnicos

⁷⁶ <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimos-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis/>

(SALES, 2019, p. 109).

Ainda sobre o tema, TOURINHO NETO e FIGUEIRA JÚNIOR (2007) lecionam:

Em outras palavras, o que o microsistema não admite é a prova pericial formal, mas tão somente a informal sintetizada em vistorias, exames, avaliações ou inspeções simplificadas.

Ademais, essa prova técnica apenas será admitida no Juizado Especial quando a circunstância fatural assim exigir (TOURINHO NETO e FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 325).

Certo é que os princípios que norteiam os processos no âmbito dos Juizados Especiais, dentre eles o da celeridade, não podem servir de suporte ou fundamento legítimo para mitigar a atuação probatória das partes e, muito menos, o regular exercício das garantias do contraditório e ampla defesa, postulados basilares do Devido Processo Legal, constitucionalmente assegurado a todo e qualquer cidadão. Até mesmo porque a lei permite o fracionamento das audiências no JESP com audiência de conciliação e audiência de instrução e julgamento, o que nada impede a realização de provas periciais neste lapso entre as audiências.

Sobre o assunto, vejamos o que diz CHIMENTI (2012):

O juiz, ao nomear o técnico que realizará o exame, a vistoria ou a avaliação, desde logo formulará os quesitos que entender necessários para o deslinde da causa e fixará a data da audiência na qual os esclarecimentos serão prestados (ou, se for o caso, o prazo para a entrega do laudo escrito, prática que libera a pauta de audiências para outros atos). A lei impõe que o perito cumpra escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso (art. 422 do CPC). (CHIMENTI, 2012, p.228).

Frisa-se que em alguns processos a análise técnica se torna necessária, o que somente poderá ser verificado por meio de *experts* que possuam conhecimento específico a respeito do assunto e certamente poderão corroborar com o regular deslinde da controvérsia. Nesse sentido, resta claro que poderá haver produção de provas periciais nos juizados, no entanto, estas já devem estar produzidas, a fim de que não se atrase o processo as produzindo, em respeito ao princípio da celeridade e da economia processual.

A este respeito, ensina Humberto Theodoro Júnior:

A prova técnica é admissível no Juizado Especial, quando o exame do fato controvertido a exigir. Não assumirá, porém, a forma de uma perícia, nos moldes habituais do Código de Processo Civil. O perito escolhido pelo Juiz, será convocado para a audiência, onde prestará as informações solicitadas pelo instrutor da causa (art. 35, caput). Se não for possível solucionar a lide à base de simples esclarecimentos do técnico em audiência, a causa deverá ser considerada complexa. O feito será encerrado no âmbito do Juizado Especial, sem julgamento do mérito, e as partes serão remetidas à justiça comum. Isto porque os Juizados Especiais, por mandamento constitucional, são destinados apenas a compor 'causas cíveis de menor complexidade' (CF, art. 98, inc. I) (JÚNIOR, 2014, p. 436).

Nota-se, portanto, que o ponto central da discussão sobre o cabimento ou não de perícia em processos que tramitam nos Juizados Especiais é o enunciado do artigo 3º da Lei 9.099/95, que estabelece que

compete aos Juizados Especiais processar e julgar causas de menor complexidade, (VADE MECUM, 2015, p. 1672), o que se deve incluir também, as perícias técnicas que apresentarem menor complexidade em sua realização.

De qualquer modo, é indiscutível que a Lei 9.099/1995 admite expressamente a apresentação de parecer técnico trazido pelas partes ou elaborado por técnico inquirido pelo juiz, conforme preconiza o artigo 35 (VADE MECUM, 2015, p. 1.674).

Importa-se destacar também, que apesar de alguns enunciados do FONAJE deixarem claro quanto à complexidade da causa e impossibilidade de perícia no Juizado, tem-se que este tipo de enunciado não possui força de lei ou jurisprudência, considerando-se simples orientação que pode ou não ser seguida pelos magistrados.

Seria de tal maneira oneroso para a parte seguir todo o trâmite processual, para, ao final da demanda, ao necessitar de uma simples avaliação pericial, ver sua ação ser extinta e ter que começar do zero, seguindo todos os entraves da Justiça Comum.

Além do mais, necessário se faz analisar a questão sob a ótica do princípio Constitucional do acesso à

justiça, sendo este o meio ao qual o cidadão busca a proteção de seus direitos eventualmente violados ou ameaçados, e que se encontra rechaçado pelo judiciário quando pela simples circunstância da realização de uma perícia, inviabiliza o trâmite processual perante os juizados.

O que se busca com acesso ao judiciário é o amparo indispensável da justiça. No entanto, quando o magistrado julga a incompetência de uma causa de menor complexidade que demanda a realização de perícia, este contribui para irresignação do jurisdicionado, indo na contramão de alguns princípios que regem os Juizados, entre eles o da celeridade processual, uma vez que, deve-se considerar todo o tempo depreendido até a sentença que extingue o processo sem resolução do mérito.

Até porque, o princípio do acesso ao judiciário e a celeridade processual devem caminhar juntos, e assim, entende Bulos, vejamos:

A celeridade processual caminha ao lado do acesso à justiça, considerando a necessidade de prestação de uma tutela judicial efetiva, eficaz e útil, sem dilações indevidas e sem violação de outras garantias, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal

e a segurança jurídica. A expressão celeridade processual pode ser entendida como o exercício das —atribuições com rapidez, presteza e segurança, sem tecnicismos exagerados, ou demoras injustificáveis, viabilizando, a curto prazo, a solução dos conflitos (BULOS, 2018, p. 334).

Ainda, para Watanabe, o acesso ao judiciário não pode ser analisado simplesmente pelo aspecto de acesso aos órgãos judiciais: "Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa". (WATANABE, 1988. p. 128).

3- METODOLOGIA

A abordagem utilizada neste trabalho foi predominantemente qualitativa buscando-se atingir os objetivos propostos e a solução para o problema da pesquisa.

Tal abordagem é explicada por Zanella (2013):

Enquanto o método quantitativo de pesquisa preocupa-se com a medição dos dados, o método qualitativo não emprega a teoria estatística para medir ou enumerar os fatos

estudados. Preocupa-se em conhecer a realidade segundo a perspectiva dos sujeitos participantes da pesquisa, sem medir ou utilizar elementos estatísticos para análise dos dados. (ZANELLA, 2013, p. 99).

Destaca-se que a abordagem qualitativa importa-se em compreender a realidade, conforme entendimento dos participantes da pesquisa, sem mensurar ou empregar dados estatísticos para verificação dos mesmos.

Quanto aos fins, optou-se por uma pesquisa descritiva e exploratória, pois além da utilização de livros e artigos acadêmicos, foi analisada também a prática da aplicação do tema perante o judiciário. A pesquisa foi aplicada utilizando-se de um problema já existente (concreto). “Tem, portanto, finalidade prática, ao contrário da pesquisa pura, motivada basicamente pela curiosidade intelectual do pesquisador e situada, sobretudo, no nível da especulação” Vergara (2005, p. 47).

Quanto aos meios, aplicou-se a pesquisa básica, pois a lei 9.099/95 já preconiza em seu artigo 32 e 35 a possibilidade de prova pericial no âmbito dos juizados especiais, desde

que seja menos complexa (VADE MECUM, 2015, p. 1674).

Ainda, em relação ao método utilizado neste trabalho, foi o hipotético-dedutivo, uma vez que o artigo surgiu de um problema enfrentando perante o judiciário brasileiro, e que mesmo previsto em lei, têm entendimentos divergentes. Por essa razão, o que se busca é uma solução para os referidos conflitos frente às aplicações práticas diárias.

4- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto ao longo deste artigo, restou demonstrado que não há proibição no texto da Lei 9.099/95 quanto à realização de perícia técnica nos Juizados Especiais Cíveis. Sua competência relaciona-se com a menor complexidade da causa e não com a realização de prova pericial, ou seja, sendo esta de menor complexidade, poderá, perfeitamente, ser realizada neste órgão, visando a garantia do acesso efetivo à justiça, bem como a aplicação dos princípios da celeridade e economia processual.

Logo, demonstrado está a atitude ilícita do judiciário ao condicionar à causa de competência dos Juizados à necessidade ou não de perícia técnica, já que tal ato, ofende,

não só o texto da lei 9.099/95, mas também aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. São Paulo: Saraiva, 2004 p.08/09.

CHIMENTI, Ricardo Cunha **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais** / Ricardo Cunha Chimenti. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. 1. Juizados especiais 2. Juizados especiais - Leis e legislação I. Título.

CHIMENTI; Santos, M.F.D. **Sinopses Jurídicas v 35 - juizados especiais cíveis e criminais - federais e estaduais**, Editora Saraiva, 2018. 9788553609949. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609949/>. Acesso em: 2021 set. 15.

GONÇALVES, M.V. R. **Esquematizado - Direito processual civil**. Editora Saraiva, 2019. 9788553615933. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>

[books/9788553615933/](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615933/). Acesso em: 2021 set. 15.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios **Direito processual civil / Pedro Lenza; Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – Esquematizado®** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1064 p.

<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis/> Acesso em: 17 set. 2021.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 31ª ed., v. III, 2014, p. 436.

ROCHA, FelipeBorring. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais - Teoria e Prática**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788597026283. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026283/>. Acesso em: 2021 set. 15.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Juizados especiais cíveis: comentários à legislação** / Fernando Augusto de Vita Borges de Sales. – Leme (SP): JH Mizuno, 2019. 272 p

TOURINHO NETO, F. DA C.; FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: Comentários à Lei 9.099/95**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

VADE MACUM: edição especial/ [equipe RT. – 3.ed. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015. 1673p.

VERGARA, S. C. **Projeto e Relatórios de Pesquisa em Administração**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WATANABE. Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade moderna**. In: PELLEGRINI Ada Grinover; DINAMARCO. Cândido Rangel; WATANABE. Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

ZANELLA, Liane Carly Hermes **Metodologia de pesquisa** / Liane Carly Hermes Zanella. – 2. ed. reimpr. – Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/ UFSC, 2013, 134 p.

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DA RESOLUÇÃO DE CONFLITO

Alexandre Ramos de Oliveira Santos⁷⁷

Milton Teixeira Chaves Júnior⁷⁸

Ciro Antônio Pereira lemos (orientador)⁷⁹

RESUMO

O presente artigo tem como intento apresentar a realidade processual do judiciário brasileiro, onde reina a morosidade e um número infindável de processos, que, a cada ano, crescem exponencialmente conforme dados do respectivo órgão divulgador. Tal

morosidade cria uma onda de insegurança naqueles que recorrem ao judiciário, que, por sua vez, reverbera no sistema por inteiro. Desta forma, apresentam-se meios alternativos de resolução de conflitos, tais como: conciliação, mediação, arbitragem e o comitê de solução de disputas (CRD). O trabalho explora algumas de suas faces e em quais situações fáticas cada procedimento se aplica, demonstrando os benefícios sociais que tais procedimentos podem trazer ao nosso ordenamento jurídico, baseando-se inteiramente na liberdade entre as partes de se auto comporem, desafogando, desta forma, o trâmite comum. Por fim, guardando o poder judiciário àqueles que realmente dele necessitam. A metodologia utilizada é de caráter bibliográfico, apresentando conceitos e opiniões a respeito dos temas em questão.

Palavras-chave: Meios alternativos de resolução de conflitos. Conciliação. Mediação. Arbitragem. Comitê de solução de disputas.

Abstract

This article aims to present the procedural reality of the Brazilian judiciary, where slowness and an endless number of cases reign, which, each year, grow exponentially according to data from the respective publicizing body. Such slowness that creates a wave of insecurity in those who resort to the judiciary, which, in turn, reverberates throughout the system as a whole. Thus, alternative means of conflict resolution are presented, such as: conciliation, mediation, arbitration and the dispute resolution committee (CRD). The work explores some of its faces and in which factual situations each procedure applies, demonstrating the social benefits

⁷⁷ Pós-graduado em Direito Processual pela FANS (2019 – 2021).

⁷⁸ Pós-graduado em Direito Processual pela FANS (2019 – 2021).

⁷⁹ Mestre em Administração. Professor da Faculdade de Nova Serrana – FANS e da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG.

that such procedures can bring to our legal system, based entirely on the freedom between the parties to compose themselves, thus unburdening themselves, the common procedure. Finally, keeping the judiciary power for those who really need it. The methodology used is bibliographical in nature, presenting concepts and opinions about the themes in question.

Keywords: Alternative mean of conflict resolution. Conciliation. Mediation. Arbitration. Dispute Resolution Committee.

1- INTRODUÇÃO

Em meio a um sistema judiciário cada vez mais abarrotado de novos processos, nos deparamos com a necessidade de buscar soluções e alternativas para reduzir esses números.

A cultura do brasileiro contribui para esses altos números de processos. Observa-se isso no cotidiano: por qualquer motivo que seja de desavença, o brasileiro acaba criando inimizades. Esse tipo de cultura acaba refletindo também na esfera judicial; temos uma cultura de que para qualquer litígio tem-se como solução a abertura de um processo, apenas para se ter uma afirmação do juiz de que tal parte é detentora da razão.

Como consequência dessa cultura, tem-se uma quantidade muito grande de processos, em que muitos deles poderiam ser evitados, tornando o sistema judiciário brasileiro ineficaz, e gerando um gasto desnecessário de dinheiro público e privado.

Em meio a todo esse contexto, apresentam-se soluções que não chegam a ser inovadoras, mas que de uns anos pra cá têm recebido uma grande aceitação e com ótimos resultados: os chamados meios alternativos de resolução de conflitos. Métodos esses, que vem passando por evoluções históricas em nossa legislação.

No presente trabalho pretende-se apresentar o conceito de tais métodos, suas peculiaridades e diferenças.

2- BREVE RELAÇÃO ENTRE JUSTIÇA E DIREITO

Outrora, conflitos interpessoais eram resolvidos à base da força, compreenda-se força bruta ou influência, não havendo qualquer paridade entre os indivíduos, sendo a “justiça” uma mera pretensão utópica e inócua, por sua subjetividade e impossibilidade de imposição, muito

distante da ideia de direito que o imaginário coletivo possui hoje em dia.

De forma a evidenciar a ausência de justiça no próprio direito arcaico, na Grécia antiga, que é berço da civilização moderna, direito era subtendido como uma forma de legitimar a vontade do mais forte sobre o mais fraco. Trasímaco, um personagem cético da escola sofista, diz em um de seus diálogos na obra “A República”, escrita por Platão, que “A justiça é, em realidade, um bem alheio, uma vantagem para quem manda, um dano para quem obedece.”⁸⁰

Foi possível notar que existe uma distinção e um entrelace entre os conceitos de justiça e direito, deste ponto adiante se faz necessário diferenciá-los, para se evitar embaraços, conforme FILHO em sua publicação na revista da EMERJ:

Justiça engloba valores inerentes ao ser humano, transcendentais, tais como liberdade, igualdade, fraternidade, dignidade, equidade; honestidade, moralidade, segurança, enfim tudo que vem sendo

chamado de direito natural desde a antiguidade. O Direito, por seu turno, é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural concebido como técnica para pacificação social e realização da justiça. Em suma, enquanto a Justiça é um sistema aberto de valores, em constante mutação, o Direito é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-la. (2002, p. 58).

A justiça platônica onde o homem era guiado por sua moral e virtude de origem divina, teria uma evolução inevitável, com a queda das monarquias e a descentralização de poder da Igreja Católica, devido ao surgimento das correntes iluministas no século XVII e XVIII na Europa, causando grandes mudanças na sociedade no aspecto político, social e econômico. Tais ideais se arraigavam na ideia de que o desenvolvimento humano não provinha da vontade de um indivíduo ungido ou escolhido por Deus, mas sim na própria razão, que por fim levaria ao Mesmo.

⁸⁰ PLATÃO. A República. 7. ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

3- DIREITO COMO ORDENAMENTO SOCIAL

Ressalta-se a importância do direito para harmonia social e construção deste paradigma, sendo uma estrutura basilar para a sociedade como conhecemos, pontua REALE:

Ora, aos olhos do homem comum o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Assim sendo, quem age de conformidade com essas regras comporta-se direito; quem não o faz, age torto (2002, p. 1).

O direito foi se positivando e se opondo ao até então antigo jusnaturalismo, criando valores próprios de cada local e época, intrínsecos à aquela realidade, desta forma, PEREIRA:

Num sentido de verdadeira precisão geométrica, pode-se encarar a vida jurídica de um povo determinado, numa época precisa, e verificar que toda a normação da coexistência social, em dado momento

histórico, se acha submetida a regras dirigidas à vontade de todos. Não importa seja o momento atual ou pretérito. A este complexo dá-se o nome de direito positivo, que se define como o conjunto de princípios que pautam a vida social de determinado povo em determinada época. É nesta acepção que nos referimos ao direito romano, ao direito inglês, ao direito alemão, ao direito brasileiro. Não importa seja escrito ou não escrito, de elaboração sistemática ou de formação jurisprudencial. O direito positivo, segundo a síntese de Capitant, é o que está em vigor num povo determinado, e compreende toda a disciplina da conduta, abrangendo as leis votadas pelo poder competente, os regulamentos, as disposições normativas de qualquer espécie (2002, p. 5).

Com a positivação do direito, chega-se à formação moderna do judiciário, onde se há as partes representadas por seus advogados, em que o interesse popular pode se manifestar pelo Ministério Público, regido e sentenciado por um juiz

togado, que em suma, representa o próprio Estado.

A forma do Estado legitimar o Estado Democrático de Direito como um direito fundamental, é através do devido processo legal, que submete toda lide a um processo com a jurisdição do Estado, conforme SILVA (2005), dando a cada um, o que é seu. Garantia esta que foi materializada nacionalmente com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), através do artigo 5º, LIV.

Atualmente com as inúmeras relações modernas em âmbito civil, criminal, comercial, trabalhista e inúmeros outros, fez-se necessário a codificação das normas em texto legal, dando publicidade e consequentemente conhecimento geral as mesmas. O direito tornou-se um grande emaranhado de ditames escritos ou convencionados socialmente, que se apresentam em todos os âmbitos da vida de um cidadão. Para se ter noção deste emaranhado, no Brasil, de acordo com uma reportagem do portal Migalhas, o

arcabouço legal nacional é composto por mais de 790.000 normas vigentes.⁸¹

4- A SOBRECARGA DO SISTEMA JUDICIÁRIO NACIONAL

Com tutela jurisdicional do Estado abarcando cada uma das pretensões resistidas por seus cidadãos, chegamos ao impasse, que devido a um inchaço do sistema, ocorre a sobrecarga do sistema jurisdicional, levando a uma extenuante morosidade, que por sua vez, leva a uma grande sensação de insegurança e injustiça a aqueles que penam com ela.

O número de demandas sobe de forma exponencial, ano a ano, conforme um relatório de 2020 do Conselho Nacional de Justiça, uma instituição que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro:

Durante o ano de 2019, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 30,2 milhões de processos e foram baixados 35,4 milhões. (...) Se forem consideradas apenas as ações judiciais efetivamente ajuizadas pela primeira vez em 2019, sem computar os casos em grau de recurso e as

⁸¹ Em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/313899/brasil-tem-mais-de-790-mil-normas-vigentes-->

[foram-mais-de-6-mi-editadas-desde-a-cf-88](https://www.migalhas.com.br/quentes/313899/brasil-tem-mais-de-790-mil-normas-vigentes--)>. Acesso em: 21 de out. 2021.

execuções judiciais (que decorrem do término da fase de conhecimento ou do resultado do recurso), tem-se que ingressaram 20,2 milhões ações originárias em 2019, 3,3% a mais que no ano anterior (2020, p.93).⁹

Desta forma é notável o aumento, ano a ano. No período de 2019 para 2020, o aumento foi de 3,3%, sendo que ainda neste relatório do CNJ é apontado o maior Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM), desde o ano 2009, início da mensuração dos dados, podendo se dizer que os magistrados apresentaram sua melhor produtividade nos últimos onze anos.

Estes números reforçam que, de fato, o Brasil passa por uma demanda cada vez maior do judiciário, e, mesmo com constantes investimentos em várias áreas e setores, essas pilhas de processos e demandas não estão diminuindo. Outro lado negativo é que, com o sistema lotado, o judiciário acaba se tornando mais ineficaz e com uma qualidade pior, fazendo assim a má fama e descrença, mesmo sendo tão necessário.

Aqui, então, toca-se na motivação deste texto, uma solução que vem em crescente para melhorar

nosso sistema judiciário, os meios alternativos para soluções dos conflitos judiciais.

5- MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO

A reposta do Estado aos conflitos dos seus, que se materializa na sentença de um juiz togado, é uma forma de apaziguar o ânimo do vencido e legitimar o direito do vencedor, quando esta não vem ou tarda a vir, torna-se um dos principais motivadores do surgimento de meios alternativos de resolução de conflito.

De forma principal observamos quatro procedimentos alternativos adotados atualmente: a negociação, a mediação, conciliação e a arbitragem; todavia, existem outros.

Os meios escolhidos devem se melhor adequar à situação fática e sua complexidade, sendo os conflitos mais simples passem por “assistência” mais simples. NETO (2008, p. 20) em seu manual de Mediação de Conflitos para Advogado, elaborou uma pirâmide de ordem do procedimento a ser adotado:



A ordem deve ser feita da base ao topo, sendo a base onde as partes têm maior autonomia para autocomposição, e o topo, conseqüentemente, o resultado do conflito é imposto por terceiro.

5.1- CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

A conciliação é um mecanismo autocompositivo para resolução de conflitos, onde as partes aceitam um terceiro imparcial e capacitado que irá conduzir os envolvidos para que se resolva o impasse, com o objetivo que se chegue a um acordo.

Podemos ver os princípios da conciliação estabelecidos pelo art. 166 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da

imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Em se tratando de mediação temos que para TARTUCE:

Mediação é o mecanismo de abordagem consensual de controvérsias em que uma pessoa isenta e capacitada atua tecnicamente com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas (2013, p.749).

Assim como na conciliação tem-se os princípios das mediações vistos no art. 166 do CPC, e também na Lei 13.140/2015(BRASIL, 2015) que trata justamente da mediação; cabe ressaltar também que esta lei é aplicável também à conciliação no que couber.

Segundo o Parágrafo único do art. 1 da Lei 13.140/2015:

Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015).

Percebe-se, pelos conceitos da conciliação e mediação, claras semelhanças dessas duas ferramentas de resolução de conflitos, razão pela qual até mesmo muitos doutrinadores possuem

divergências para fazer a definição de ambas.

Uma diferença entre conciliação e mediação se encontra no terceiro envolvido que irá auxiliar para a resolução do conflito, assim sendo o conciliador e o mediador. Conforme dispositivo projetado do parágrafo segundo e terceiro do art. 165 do CPC tem-se a seguinte definição:

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (BRASIL, 2015).

Percebe-se que, tanto no Código de Processo Civil quanto na Lei

13.140/2015, a conciliação é tratada como um sinônimo de mediação, mas existe uma diferença quanto à forma de abordagem, a técnica para tratar com as partes. Como na própria definição citada acima na conciliação o conciliador será mais direto e tendo uma participação mais efetiva para resolução do conflito. Agora quando se fala da mediação, o mediador interfere menos e tentará reaver a boa convivência das partes para que elas cheguem a um consenso.

5.2- ARBITRAGEM

A arbitragem é um método heterocompositivo de solução de conflitos fora da esfera judicial; o julgamento é feito por terceiro imparcial e capacitado, escolhido pelas partes. A decisão do árbitro fará lei entre as partes, mas observando que a escolha pela arbitragem se dá de comum acordo entre os envolvidos.

A arbitragem é estabelecida pela Lei 9.307/96, porém não apresenta propriamente um conceito dito, mas logo no início de seu texto temos aspectos que merecem destaque para elucidar esse método, “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (BRASIL, 1996). Fica estabelecido que apenas pessoas capazes, livre de qualquer vício de capacidade civil, podem usar da

arbitragem, e que seja necessária a total disponibilidade do direito em questão, aqui vemos por direitos patrimoniais disponíveis.

Pela arbitragem tem-se fatores que se mostram vantajosos em relação ao sistema judiciário: a celeridade, a escolha do direito, a escolha do árbitro e o sigilo. Ressaltando, porém, que vide Lei 9.307/96 “Art. 1º § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.” (BRASIL, 1996), aqui se mostrando que mesmo que a administração pública possa se valer de resoluções de conflitos por meio da arbitragem, seus contratos ainda se valem pelo princípio da publicidade. Eis que se depara com uma indagação pertinente: pode haver limite para essa publicidade? Segundo Daniel Tavela LUÍS:

O ditame da lei se limita a estipular que a arbitragem com ente da administração pública deve respeitar o princípio da publicidade. Ele não é claro ao estabelecer o exato escopo do que se deve entender por princípio da publicidade [...] O motivo desta preocupação reside no fato de que o excesso de publicidade (particularmente midiático) pode também gerar efeitos

perversos para um processo (seja ele arbitral ou judicial) (2016, p. 1).

Ademais, a arbitragem se faz muito presente na área empresarial, pois visa um caráter de termos mais comerciais, elucidados por seus princípios e funcionamento frente a um processo litigioso na esfera judicial.

6- NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Em meio a mudanças e evoluções no nosso ordenamento jurídico, e embora não seja em si uma inovação, houve avanço quanto aos meios alternativos de resoluções de conflitos, sendo eles previstos na nova Lei de Licitações Lei Nº 14.133/21, discorrendo-a em seu CAPÍTULO XII “DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS”:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais

disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes (BRASIL, 2021).

Para Carvalho (2021, p. 1):

Diferentemente da antiga lei de licitações, a nova dedica este espaço exclusivo para tratar dos meios alternativos, aderindo à benfazeja política conciliatória, além de oportunizar as partes contratantes de

não se
submeterem a
morosidade do
Poder Judiciário.

solução de
conflitos que
consiste na
formação de um
comitê de
especialistas
imparciais que
acompanhará um
projeto de longa
duração desde o
seu princípio. O
objetivo do comitê
é incentivar a
prevenção e
auxiliar na
resolução de
disputas durante
todo o
desenvolvimento
do projeto em
questão
(Consultor
Jurídico, 2021,
p.1).

7- COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (CRD)

O Comitê De Resolução De Disputas (CRD) ou “*Dispute Board*” como é mais conhecido é previsto também como um meio alternativo para os conflitos envolvendo licitações. Não chega a ser um método novo, porém nos últimos anos vem ganhando espaço em nosso ordenamento jurídico brasileiro, devendo inclusive os métodos alternativos serem incentivados pelo judiciário, conforme parágrafo 3º do art. 3º do CPC:

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

Segundo Polidoro:

O *dispute board* (ou comitê de prevenção e solução de disputas) é um método alternativo de

Ainda conforme conceito extraído do site da Câmara de Comércio Internacional:

Os *Dispute Boards* são organismos independentes composto por um ou três membros, geralmente estabelecido mediante a assinatura ou início da execução de um contrato de médio ou longo prazo, para ajudar as partes a evitar ou superar quaisquer divergências ou litígios que possam surgir durante a execução do contrato.

Normalmente utilizado em projetos de construção, os *Dispute Boards* também são eficientes em outras

áreas, incluindo pesquisa e desenvolvimento (P&D), propriedade intelectual (PI), partilha de produção, e acordos de acionistas (Brasil International Chamber of Commerce, 2021, p.1).

Utilizado especialmente em contratos de média e longa duração, são pactuadas principalmente em contratos de construção civil, em relações oriundas de contratos de franquias, questões pertinentes à propriedade intelectual e casos de recuperação judicial de empresas. Haja vista o tempo em que as partes terão a relação contratual

8- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de pesquisa bibliográfica observamos que uma possível solução para a sobrecarga processual do judiciário brasileiro, pode estar na utilização de todos os métodos alternativos já elencados para a resolução dos conflitos. Deve o Estado incentivar a utilização destes, com políticas públicas, bem como os operadores do direito, também devem explicar essas possibilidades e seus bônus aos seus clientes. Desta forma, todas as engrenagens que compõem o sistema de justiça devem direcionar os casos possíveis a estes novos paradigmas aqui apresentados.

REFERÊNCIAS:

BRASIL, Lei nº 9.307. Brasília, 1996. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

BRASIL, Lei nº 13.140. Brasília, 2015. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

BRASIL, Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. 1988, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL, Lei nº 14.133. Brasília, 2021. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

CARVALHO, Guilherme. **As medidas conciliatórias da nova Lei de Licitações. Brasil: Consultor Jurídico**. 2021. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2021-abr-30/licitacoes-contratos-medidas-conciliatorias-lei-licitacoes>. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

CNJ. Relatório Justiça em Números, Brasília. 2020., Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 21 de agosto 2021.

FILHO, Sergio. Direito, Justiça e Sociedade. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, volume 5, número 8. 2002. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf. Acesso em: 21 de ago. 2021.

LUIS, Daniel Tavela. Administração Pública e Arbitragem: pode haver limite para a publicidade?. Brasil: CBAr. 2016. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/administracao-publica-e-arbitragem-pode-haver-limite-para-a-publicidade/>. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

MIGALHAS. Brasil tem mais de 790 mil normas vigentes; foram mais de 6 mil editadas desde a CF/88. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/313899/brasil-tem-mais-de-790-mil-normas-vigentes--foram-mais-de-6-mi-editadas-desde-a-cf-88>. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

NETO, Francisco Maia. Arbitragem: A solução extrajudicial de Conflitos – 2 Ed. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA, Caio Mario. Instituições de Direito Civil V.I Introdução ao Direito Civil Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PLATÃO. A República. 7ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

POLIDORO, Máura Guerra. As medidas conciliatórias da nova Lei de Licitações. Brasil: Consultor Jurídico. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/polidoro-dispute-board-opcao-disputas->

alta-complexidade. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Fernanda Silva. Novas Tendências do Processo Civil – Estudo sobre o projeto do novo código civil. Editora JUSPODIVM, 2013.

Sem autor. Dispute Boards. ICC Brasil, 2021. Disponível em: <http://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/dispute-boards/>. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

O ACESSO À JUSTIÇA DA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Rodrigo César da Silva⁸²
Karoliny de Cássia Faria⁸³

RESUMO

O presente artigo baseia-se em pesquisa teórica e bibliográfica, através de renomados doutrinadores. O acesso à justiça, direito constitucional fundamental, elencado no rol do art. 5º da CR/88, em seu inciso XXXV, é uma das mais significativas conquistas do homem, manancial do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, cujo fundamento básico é o de que todo e qualquer litígio instalado, interesse subjetivo violado, ou ameaçado de violação, pode e deve, à míngua de consenso social, ser objeto de discussão judicial, não podendo a lei excluir tal possibilidade da apreciação do Judiciário, por qualquer forma que seja.

⁸² Professor do Curso de Direito da FANS – A Faculdade de Nova Serrana

⁸³ Professora do Curso de Direito da FANS – A Faculdade de Nova Serrana

Palavras – Chave: Judiciário, Ondas Renovatórias, Justiça.

ABSTRACT

This article is based on theoretical and bibliographical research, through renowned scholars. Access to justice, a fundamental constitutional right, listed in the list of art. 5 of CR/88, in its item XXXV, is one of the most significant achievements of man, source of the principle of inescapability of jurisdictional control, whose basic foundation is that any litigation installed, subjective interest violated, or threatened with violation, can and should, in the absence of social consensus, be the object of judicial discussion, and the law cannot exclude such possibility from the Judiciary's appreciation, in any way whatsoever.

Key words: Judiciary, Renewal Waves, Justice.

1 Introdução

Quanto ao termo “lei”, deve-se entender todas as espécies normativas previstas no art. 59 da CR/88, conforme se depreende do escólio de Bulos, ao falar da inafastabilidade do Judiciário.

É de se ressaltar que não só a vedação direta, ou expressa, como também a limitação indireta, ou dissimulação proibitiva do acesso direto, configuram enfraquecimento do texto constitucional que garante o acesso amplo e irrestrito à jurisdição, por meio de um novo modelo de processo, o constitucional democrático.

Assim, a limitação do acesso ao Judiciário, nas denominadas ações coletivas, pela criação de “representantes adequados” excludentes dos interessados diretos, sob a falaciosa afirmação de facilitação de acesso à jurisdição, configura tanto quanto sua vedação, expediente limitador do alcance e projeção do direito fundamental de acesso à jurisdição, uma vez que a legitimação foi expressamente outorgada, mediante direito objetivamente previsto na CR/88, como pretende-se demonstrar no desenvolver do presente texto.

Com as notas supra, passa-se a cuidar do tema a partir do estudo das denominadas “ondas renovatórias de acesso à justiça”, sob a perspectiva de Cappelletti e Garth.

2 As Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça

A fim de demonstrar o surgimento da corrente de pensamento que deu azo ao que foi denominado de ondas de acesso à justiça, utilizar-se-á como marco teórico deste ponto a lição produzida por Cappelletti e Garth, pela qual três foram as ondas que permearam a cultura jurídica de inúmeros ordenamentos, inclusive o brasileiro. Essas ondas de acesso à justiça integram o debate acerca da

melhor, mais célere e efetiva prestação em âmbito judicial.

Antes de iniciar a explanação, cumpre ressaltar que, para evitar uma discussão filosófica sobre o termo “justiça”, em razão de seu significado plurívoco e ideologizado, seu viés adotado será o do acesso à “jurisdição”, e não a toda, e qualquer, função do Estado.

Ainda cuidando da nomenclatura adotada, preleciona Câmara, que o direito consagrado no art. 5º, XXXV da CR/88 foi também outrora denominado “direito de acesso aos tribunais”, em alusão à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950.

Assim, a primeira onda de acesso à jurisdição foi baseada na gratuidade judiciária, adotada há muito pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme demonstra a lei 1060/50 que confere aos necessitados, hipossuficientes econômicos, condições de litigar na defesa de seus interesses sem que seja necessário o recolhimento de custas processuais. Dessa feita, os comprovadamente pobres, no sentido jurídico do termo, podem defender seus interesses individuais pela via judicial sem ter de sacrificar a subsistência suas e de suas famílias. Com o advento da CR/88, no

intuito de elevar a direito fundamental tal garantia, foi previsto no art. 5º, LXXIV (BRASIL, 1988), a assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes econômicos que assim se declararem e comprovarem, a fim de que não fosse limitada ou vedada por lei sua fruição.

Como forma de alçar a outro patamar a proteção dos interesses de indivíduos de classes, financeiramente desprivilegiadas, essa onda previu, outrossim, a criação de juizados de pequenas causas. Tal expediente foi também adotado pela CR/88, vindo posteriormente a ser consagrado pela lei 9.099/95 que instituiu o juizado especial na esfera estadual, e a lei 10.259/01, que o instituiu na esfera federal. Essas leis têm como objetivo processar e julgar causas de menor valor e complexidade, sendo pautadas pela celeridade processual e a gratuidade, além de dispensar, em alguns casos, a capacidade postulatória da parte, dispensando assim a presença de advogado, o que contribui para a diminuição dos custos financeiros da demanda.

Foi ainda com base nessa onda que foram criadas e instituídas as Defensorias Públicas, prevista pela CR/88 a nível estadual e federal.

Ao cuidar da facilitação ao acesso dos indivíduos economicamente desprivilegiados, acrescenta ainda CÂMARA (2013), que não é só a isenção de custas que os beneficia, o benefício tem maior alcance: “além de contar com a defesa técnica de seus interesses em juízo por pessoas e órgãos que prestem tais serviços gratuitamente, como a Defensoria Pública e os Escritórios de Prática Forense mantidos pelas Faculdades de Direito, entre outros”.

A segunda onda de acesso ao Judiciário veio com a discussão sobre os interesses difusos. Para Cappelletti e Garth (2002), diferentemente da primeira onda, esta reclamava atenção aos direitos coletivos em sentido amplo. Esses direitos padeciam de maior efetividade e “representação adequada”, uma vez que não possuía titulares individualizados. Assim, asseveram os autores:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de

seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.49)

Os direitos elencados na segunda onda, quais sejam, os coletivos em sentido amplo, imprescindíveis ao acesso à jurisdição, foram incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido editadas algumas leis, tal como a Lei da Ação Civil Pública, lei 7.347/85, o Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/90, a Lei do Mandado de Segurança, lei 12.016/09, a Lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, lei 9.868/99, e a Lei que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art.

102 da Constituição Federal, lei 9.882/99, entre outras, cuidando de regramentos quanto ao acesso à jurisdição para a tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, sempre por meio dos ditos “representantes adequados”, ou “intérpretes especializados”, pois, como dito, tais direitos ressentiam-se da ausência de titulares definidos, sendo mesmo considerados direitos sem titulares.

A representação adequada encontra assento nas palavras de Cappelletti e Garth (2002), quando sugerem que as dificuldades inerentes à participação de todos os interessados difusos, tais como a citação e o direito de ser ouvido, acaba por impedir o bom andamento da marcha processual, assim como dificulta a atuação do juiz. Assim, os autores acabam concluindo que a legitimação de “representantes adequados” para agir é a solução mais benéfica aos interessados, aduzindo que, nesse caso, a decisão deve obrigar a todos os interessados, ainda que não tenham participado de sua formação.

Aqui já se pode perceber a semeadura e incorporação de um dissimulado direito de acesso à jurisdição que blinda e impossibilita a atuação dos interessados diretos e naturais na defesa de seus interesses.

Daí surge a terceira onda renovatória de acesso à jurisdição, fez nascer o propósito de reforma do Judiciário. Esta onda pode ser bem percebida com a reforma realizada a partir da emenda constitucional 45/04, que introduziu no texto constitucional a duração razoável do processo, como direito constitucional fundamental individual e coletivo. O texto não assusta. Preocupante é a interpretação dada. A duração razoável, entendida como provimento jurisdicional o quanto antes, é que pode afetar a democracia na vertente da participação em contraditório. Nessa senda, assim se manifesta Gresta:

Sob o influxo dessa exigência de qualidade do serviço, a Emenda Constitucional n°45/2004 erigiu ao patamar constitucional a duração razoável do processo e a celeridade, garantias que, umbilicalmente conectadas à efetividade da tutela jurisdicional, viram-se gradativamente reduzidas a um senso comum de velocidade de prolação da decisão. Segundo esse discurso, ao consumidor do serviço Judiciário importa, acima de qualquer outro fator,

que a resposta do Estado a sua postulação seja tão imediata quanto possível.

A nova roupagem veio sob a máxima da eficiência do Judiciário, tendo o provimento jurisdicional como objeto de estudo, pretendendo conferir ao consumidor do serviço jurisdicional uma prolação de decisão quase imediata. Essa, talvez, a mais perniciosa visão do acesso à jurisdição, quando se conclui pela legitimação de “representantes adequados” para agir em nome de todos os interessados difusos, sob o fundamento de que o maior número de participantes do processo, leia-se: interessados originais, pode torná-lo mais moroso.

A melhor decisão, nesse aspecto, não é a de melhor qualidade, mas a de maior velocidade. Produção é tudo. Essa nefasta conclusão levou o legislador a adotar o critério segundo o qual para uma “tutela de direitos de massas, um representante de massas e uma decisão de massas”. Sob o fundamento acima explicitado, já se manifestou Gresta, nos seguintes termos:

O que, porém, usualmente permanece velado é o custo democrático dessa aceleração.

Afinal, se o que se quer é decidir rápido, o trabalho será facilitado quanto menos forem os participantes admitidos ao processo. Também há ganho de tempo se as peculiaridades dos casos concretos puderem ser descartadas em prol da aplicação de um entendimento jurídico previamente estipulado. “Para a comunidade de massa, respostas de massa” – talvez seja esse o slogan do processo na prevalente leitura da terceira onda.

Contudo, uma observação deve ser lançada no tangente à celeridade e efetividade do processo, constitucionalmente previstas: o processo deve ser efetivo e célere, sempre dentro de seu normal andamento. É dizer: o processo deve levar o tempo necessário à prolação do provimento final, sem que ocorram embaraços e atos desnecessários, sempre atento à lealdade processual, impeditiva da má-fé, mas nunca permitindo a exclusão da participação democrática dos destinatários daquele mesmo provimento.

3 O Acesso à Jurisdição como Direito Humano adotado Constitucionalmente

O acesso à jurisdição, antes mesmo de ser um direito constitucional fundamental, apresenta-se como um direito humano, garantido, inclusive, pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificado pelo ordenamento jurídico brasileiro em 1992, através do Decreto 678, que em seu art. 8º, 1, prevê que a todos deve ser oportunizada a plena defesa de interesse jurídico, além da já citada Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, que, igualmente, prevê o “direito de acesso aos tribunais”, que apontam nitidamente no sentido da formação participada do mérito processual, como forma de garantir a máxima legitimidade do provimento final.

Os textos do Tratado e da Convenção supracitados guardam grande riqueza de garantias aos jurisdicionados, dentre elas a de acesso à jurisdição, o que importa afirmar que tal direito objetivamente previsto é também um direito humano, além de constitucional fundamental, individual e coletivo. Não se deve

olvidar desta realidade: é um direito constitucional fundamental coletivo, que somente pode ser relativizado em face de outro de mesmo *status*, tendo em vista que prepondera que mesmo os direitos constitucionais fundamentais não são absolutos.

Como direito individual e coletivo, possui diversas facetas, todas direcionadas a instalação de uma ordem jurídica justa e adequada ao sistema democrático.

O termo “acesso à justiça” é bem mais amplo e ideologizado que a possibilidade de buscar decisões judiciais, junto ao Órgão Jurisdicional. De fato, a ideia que mais se liga ao tema é esta, mas não a única. Nesse sentido se manifesta Almeida:

Essa visão de acesso à justiça não representa apenas o acesso ao Judiciário, mas o acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito, tais como o Ministério Público, a Arbitragem, a Defensoria Pública, etc. Mesmo em juízo, o direito de acesso à justiça não é só o direito de ingresso ou o direito à observância dos princípios constitucionais do processo, mas também o direito Constitucional fundamental de

obtenção de um resultado adequado da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF). A decisão que se projeta para fora, atingindo as pessoas como resultado da prestação jurisdicional, tem que ser constitucionalmente adequada. (ALMEIDA, 2008, p.283)

Assim, o que se espera em um Estado de Direito, e ainda mais, Estado Democrático de Direito, como é o brasileiro, é que o acesso amplo e irrestrito à jurisdição deve ser atendido também de forma irrestrita, dando ampla possibilidade, a todos e a cada um dos interessados, de buscar a melhor solução para seus interesses.

Como direito humano que é, o acesso à jurisdição vem acompanhado da amplitude e alcance que lhe é ínsito. Ou seja, é um direito da própria personalidade da pessoa humana, não patrimonial, imprescritível e irrenunciável, portanto. Firme na lição de Cappelletti e Garth (2002), os direitos humanos nada seriam senão mera pretensão utópica das pessoas e grupamentos destas, não fosse o direito, de igual *status*, de acesso à justiça, apto a garantir os demais direitos outrora proclamados. Pensar

em direito sem acesso à jurisdição é fugir aos próprios preceitos democráticos, uma vez que a democracia se funda na ideia de participação de todos. Nessa esteira, os autores supracitados manifestaram-se nos seguintes termos: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos” CAPPELLETTI, GARTH (2002, p.12). Contudo, uma distinção deve ser feita: o direito fundamental de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV da CR/88, com o direito de petição não se confunde, sendo aquele verdadeiro direito público objetivo, enquanto este um direito de participação política, previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da CR/88, que prescinde qualquer demonstração de interesse processual ou lesão a direito. O que interessa ao presente texto é o primeiro.

O direito constitucional fundamental de acesso à jurisdição decorre da vedação de afastamento da apreciação do Judiciário quanto à lesão ou ameaça de lesão a direito, pela via legal. Assim, a proteção deve ser tanto preventiva quanto repressiva, sendo, nos dois casos, irrestrita.

A exclusão de tal restrição deve-se a comando haurido da própria CR/88, na forma de direito fundamental. E como dito acima esse direito foi, inclusive, ratificado em forma de convenção internacional, qual seja, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, integrado pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do decreto 678/92, por ser considerado, acima de tudo, um direito humano.

Observação inescapável quanto ao alcance do direito constitucional fundamental de acesso à jurisdição é a de que este não se subsume tão somente à questão material, mas, e principalmente, à sua função na processualística moderna. Qualquer limitação legal ao acesso à jurisdição não se coaduna com o modelo processual constitucional, uma vez que toda forma de interpretação dos direitos e garantias constitucionais fundamentais somente podem conduzi-los à ampliação e concretização.

Nos dizeres de Almeida:

O enfoque sobre o acesso à justiça como movimento de pensamento constitui atualmente o ponto central de transformação do próprio pensamento

jurídico, o qual ficou por muito tempo atrelado a um positivismo neutralizante, que só serviu para distanciar o Estado de seu mister, a democracia do seu verdadeiro sentido e a justiça da realidade social. (ALMEIDA, 2008, p.283)

Ainda nesse contexto, o acesso à jurisdição deve ser visto como o meio democrático e vetor do alcance prático de todos os demais direitos, na linha do processo jurisdicional. Sob esse viés, a colocação de Garth e Cappelletti:

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.13)

E como direito social, o acesso à jurisdição somente pode movimentar-se no sentido prospectivo de sua concretização. Sua interpretação deve

conduzi-lo sempre avante, nunca retroagindo.

4 O Legislador Infraconstitucional e a Limitação do Acesso à Jurisdição

Prosperando nessa senda, a proteção conferida pela CR/88 aos direitos e garantias fundamentais nela elencados, bem como os decorrentes do regime e princípios por ela adotados, conforme dispõe o § 2º, do art. 5º, têm aplicação plena e imediata, nos moldes do § 1º do mesmo artigo.

Cediço que dentre os direitos e garantias fundamentais existem aqueles cujo conteúdo depende de implementação do legislador infraconstitucional, havendo outros que têm a eficácia plena, como a que desponta do direito de acesso à jurisdição. O próprio constituinte originário cuidou de excepcionar o caso em que antes de ingressar no Judiciário pleiteando reparação de algum direito lesado ou ameaçado de lesão deve-se esgotar as vias administrativas, como no caso do artigo 217, § 1º, da CR/88.

Assim, tem-se que, com base no modelo de processo trazido pela CR/88, ao legislador infraconstitucional não é crível criar limites ao alcance destas normas, como no caso do acesso à jurisdição. O que o legislador

infraconstitucional pode é nada mais que criar mecanismos para garantir a fruição de tais direitos, de forma individual e/ou coletiva participada, para garantir a legitimidade das decisões proferidas neste último caso.

O texto da CR/88 é claro, dispensando maiores debates sobre seu alcance e profundidade, mas ainda assim, calha colacionar trecho de elucidativo texto de Câmara:

Sob essa ótica, ressalte-se, o destinatário da norma contida no mencionado inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal é o legislador, o qual fica impedido de elaborar normas jurídicas que impeçam (ou restrinjam em demasia) o acesso aos órgãos do Judiciário. Embora essa não seja a única interpretação possível para o dispositivo, trata-se, sem dúvida, de importante exegese, com reflexos consideráveis na aplicação do princípio aqui estudado. Assim é que deve ser tida por inconstitucional qualquer norma jurídica que impeça aquele que se considera titular de uma posição jurídica de vantagem, e que sinta tal posição lesada ou ameaçada,

de pleitear junto aos órgãos judiciais a proteção de que se sinta merecedor. (CÂMARA, 2013, p.53)

Apesar da clareza do texto, quando se trata de acesso à jurisdição, qualquer limitação a esse acesso, mostra-se ilegítima e demasiada, além de retrocessiva, com a devida *vênia* à opinião do autor.

Nesse passo, o legislador infraconstitucional somente poderá regulamentar direitos e garantias fundamentais para facilitar e proporcionar seu acesso. Não acontece diferente no que se refere ao direito de acesso à jurisdição. Assim como os demais, este direito fundamental não pode ser tolhido, mas somente ampliado após o advento da CR/88. Nas palavras de Mendes e Branco:

A liberdade do legislador na escolha do conteúdo concretizador das normas constitucionais será tanto maior quanto menor for a densidade dos preceitos constitucionais envolvidos. Isso nos conduz a outro ponto importante para a compreensão das características das normas constitucionais: a questão da abertura

dessas normas à complementação e concretização legislativa. É traço que se repete nas normas constitucionais modernas serem elas abertas à mediação do legislador, apresentando uma regulamentação deliberadamente lacunosa, a fim de ensejar liberdade para a composição de forças políticas no momento da sua concretização. Com isso, também, viabiliza-se a adequação das normas às novas necessidades de cada tempo. De fato, a Constituição não é um código, nem pretende tudo resolver nas suas disposições, como se fosse um sistema cerrado e bastante em si. (MENDES, BRANCO, 2012, p.156,2/4431)

Dessa forma, e atendendo à noção de densidade das normas constitucionais, é de clareza solar o comando emanado da norma contida no artigo 5º, XXXV, da CR/88, que veda expressa e peremptoriamente a exclusão da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça de lesão a direito, a quaisquer condicionantes, inclusive as condições da ação, e em especial a que cuida da legitimação *ad causam*. Tal comando é tão denso que furta ao

legislador extraordinário
regulamentação restritiva.

Ainda nessa linha de ideias, os autores supracitados ao tratarem da aplicabilidade imediata das normas constitucionais, lembrando que os direitos e garantias não são somente individuais, mas também coletivos, assim prelecionam:

Além da Lei Fundamental alemã (art. 1º, n. 3), outras constituições, que também se seguiram a períodos históricos de menoscabo dos direitos fundamentais, adotaram, expressamente, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. [...]

A Constituição brasileira de 1988 filiou-se a essa tendência, conforme se lê no § 1º do art. 5º do Texto, em que se diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O texto se refere aos direitos fundamentais em geral, não se restringindo apenas aos direitos individuais.

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter

preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei — com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e, sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas. Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional

daqueles. (Ibidem, p. 431)

Assim, o direito objetivo previsto na CR/88 ordena e coordena a elaboração das leis que a ela devem obediência. Estas leis, ditas infraconstitucionais devem, assim, mover-se na direção ordenada e não na dos interesses dos detentores das competências distribuídas pelo poder, atuando como instrumento político de contenção da atuação do indivíduo na defesa de seus interesses, seja na esfera individual, seja na coletiva, em face desse mesmo “poder”, o que vai de encontro à ordem exarada pela CR/88 estabelecadora da democracia.

E ao tratar diretamente do tema relativo ao acesso ao Judiciário, prosseguem os autores aludindo que: “A garantia do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV) não prescinde de que a lei venha a dispor sobre o direito processual que viabilize a atuação do Estado na solução de conflitos”.

Assim, o direito processual está predisposto a regular a forma de atuação estatal no afã de solucionar conflitos, mas nunca de excluir de sua apreciação lesão ou ameaça de lesão a direito.

Clara está a amplitude, a densidade e o alcance do direito de acesso à jurisdição que não pode sofrer

limitações legais, divorciadas das previsões constitucionais que cuidam do processo, a fim de tolher a participação de todos interessados quando assim desejarem participar da construção do objeto e defesa de seus interesses. Ademais, a função do direito de acesso à jurisdição é exatamente a de garantir e implementar todos os demais direitos.

Discorrendo ainda sobre o tema aqui abordado, Costa assim aduz:

O acesso ao Judiciário deve ser visto como um Direito Fundamental de participação efetiva no debate jurídico construído em bases processuais em que os sujeitos juridicamente interessados sintam-se como coautores do provimento. Nesse ínterim, sabe-se que a compreensão do acesso à justiça como um Direito Fundamental é o fundamento teórico para viabilizar a cidadania como pilar da participação dos interessados no processo. É necessário esclarecer inicialmente que o acesso ao Judiciário, conforme previsão expressa do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira de 1988 (princípio da

inafastabilidade do controle jurisdicional), consiste no direito das partes juridicamente interessadas participarem de forma direta da construção do mérito da demanda. O acesso ao Judiciário no Estado Democrático de Direito materializa-se pela implementação do debate da pretensão, pelas partes, no espaço processual, e por poder construir efetivamente o mérito. (COSTA, 2012, p.76)

Tudo corrobora o entendimento de que o acesso à jurisdição é o princípio que conduz à concretização de todos os demais direitos e garantias constitucionais fundamentais, como é mesmo de se esperar.

5 O Acesso à Jurisdição nos Processos Coletivos

Falar sobre o acesso ao Judiciário partindo de uma visão individual, além de não ser o objeto deste, ensejaria maiores elucubrações técnicas e teóricas, o que não compõe o objeto do presente trabalho. O que aqui assume relevância é a discussão quando se tem em vista a defesa dos

direitos coletivos, assim entendidos em sentido lato, ou seja, difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

A criação e imposição de limites ao acesso à jurisdição e sua concretização, ofende flagrantemente o modelo democrático de processo constitucional, sob os auspícios de um modelo “célere” de alcance dos interesses metaindividuais.

A legitimação extraordinária para agir na defesa dos direitos coletivos em sentido lato vulnera a democracia instituída pela CR/88, uma vez que exclui do direito de acesso ao Judiciário os verdadeiros interessados e destinatários do provimento final, para em seus lugares atuarem os “legitimados adequados”, escolhidos pelo legislador infraconstitucional, como tal.

Novamente as palavras de Cappelletti e Garth (2002) assumem posição de destaque, no que tange à organização para proteção de tais direitos, só que agora em sentido oposto ao que conduz à legitimação aberta, conforme se depreende do texto abaixo transcrito:

Outra barreira se relaciona precisamente com a questão da reunião.

As várias partes interessadas, mesmo quando lhe seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum. (CAPPELLETTI E GARTH, 2002, p.27)

A questão que se coloca é relativa à ideia de que o processo conduzido com a participação dos interessados diretos e, principalmente no caso dos difusos, pode dificultar a prestação jurisdicional, atravancando-o e tumultuando-o. Razão não assiste a esse pensamento, pois em uma sociedade heterogênea, o conflito deduzido em juízo é o meio mais apto a conduzir ao consenso. Em um processo de natureza coletiva, haverá interesses convergentes, parcialmente divergentes e totalmente divergentes, que ao fim devem ser compatibilizados, por meio da discussão dos temas correlatos ao objeto, na formação do mérito da questão, ocorrendo a atribuição de procedência, ou não, dentro da perspectiva de cada interessado, parte na demanda, a fim de garantir sua participação democrática. O processo, assim, é

“lugar” sim de discussão, debates, conflitos e consensos.

Assim, as discussões se intensificam no que diz respeito ao acesso à jurisdição quando o tema em debate é um direito que atende a um número plural de interessados, sendo que a lei impõe uma legitimação fechada para a causa ou, melhor dizendo, legitimação extraordinária para agir. São os denominados substitutos processuais, nas palavras de Campos Junior.

Na lição de Maciel Júnior, o direito de acesso à jurisdição passa necessariamente pela leitura constitucional, uma vez que não se pode mais fazer justiça pelas próprias mãos, salvo raras exceções. A invocação pelo Estado da obrigação de garantir de forma legítima a recomposição de lesões, bem como a prevenção de ameaças de lesões a direito, por meio da jurisdição, fez decorrer o seu amplo acesso como veículo de solução de litígios, e defesa de interesses através de previsão constitucional.

Ocorre, porém, que ao prever tal direito, o constituinte originário não deixou margem a restrições deste. A imposição de condições para acesso à jurisdição esbarra no princípio da irreversibilidade das conquistas dos

direitos fundamentais. Nesse sentido
preleciona Maciel Júnior:

poderia estabelecer
condicionantes à
ação. (MACIEL,
2006, p. 163-164)

Quando o texto constitucional diz que a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário “lesão” ou “ameaça a direito”, surge naturalmente a indagação se a norma infraconstitucional poderia criar condições para o exercício da ação ou pressupostos processuais.

A garantia constitucional parece ter evoluído no sentido de superar o formalismo e as contradições do sistema dualista do direito subjetivo e da relação jurídica processual.

Tanto no tema da ação quanto no processo, a opção do legislador foi a de garantir o acesso a um pronunciamento judicial sobre o mérito.

Portanto, o estabelecimento de condicionantes para a ação nesses sistemas estaria superado. A ação é meio e não fim. Sendo meio não poderia ser obstáculo ao fim, que é a apreciação dos interesses em conflito, onde se afirmam lesões ou ameaças a direito. A lei processual, diante do imperativo constitucional, não

A indicação do autor é no sentido de que a condição para que a ação seja intentada judicialmente é somente a prevista no texto constitucional: a alegação e prova de que um direito objetivo que acolhe o interesse da parte foi lesado ou está sendo ameaçado de lesão, nada mais. Assim, a legitimação extraordinária, como estabelecida em lei, para agir na tutela de direitos coletivos em sentido amplo, fere o texto constitucional atravancando-o, uma vez que impõe uma condição ao acesso à jurisdição, não previsto objetivamente na CR/88.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a garantia de acesso à jurisdição representa a forma democrática de decisões previstas na CR/88. Sua limitação configura retrocesso, legitimado pela forma: o processo legislativo, que não sana seu vício, mas dá roupagem direcionada a instituir a crença de legalidade e presunção de validade da lei, concebida em clara afronta ao princípio da irreversibilidade das conquistas sociais e do modelo democrático de processo instituído pela CR/88.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo: superação da summadivisio clássica direito público e direito privado por uma nova summadivisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do Direito Processual coletivo Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Disponível em: <www.direitouerj.org.br/2005/download/otros/cbpc.doc>. Acesso em: 17 fev. 2015.

BERIZONE, Roberto O. Efectivo Acceso a la Justicia. La Plata: Libreria Editora Platense S.R.L., 1987.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 fev. 2015.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. promulga a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. [S.I.]: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPOS JUNIOR, Ephraim de. Substituição Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Garth. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. Reimpresso 2002.

COSTA, Fabrício Veiga. Mérito Processual: a formação participada nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

GRESTA, Roberta Maia. Ações Coletivas: entre o estrangulamento da conflituosidade e a legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.academia.edu/4041246/A%C3%A7%C3%B5es_coletivas_entre_o_estrangulamento_da_conflituosidade_e_a_legitimidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em: 28 jan. 2015.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas. Belo Horizonte: LTR, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. [S.I.]: Saraiva, 2012.

**A OBRIGATORIEDADE DO
CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO
CIVIL PÚBLICO EM RAZÃO DA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL
QUANTO AO PROCESSO
ADMINISTRATIVO**

Michele Meireles Santos⁸⁴
Ciro Antônio Pereira Lemos⁸⁵

RESUMO

A escolha do tema proposto justifica-se pela necessidade de esclarecer para a ciência do direito, o quanto o procedimento do Inquérito Civil Público não se encontra condizente com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Portanto, procura-se orientar as pessoas no sentido de questionar e diferenciar a forma atual que o Inquérito Civil Público é conduzido da forma que deveria ser, tendo em vista a evolução sociológica das leis e da sociedade. O objetivo geral é de se desenvolver um estudo jurídico sobre a utilização do princípio do contraditório no processo administrativo, tanto no que diz respeito à evolução histórica da utilização dos princípios, como também da maneira como os estudiosos do direito percebem essa evolução principiológica, em especial no que se diz respeito ao inquérito civil público, com a finalidade de averiguar seus reflexos na sociedade como um todo. Como resultados se têm a demonstração de quais são as perspectivas diante do inquérito civil público e conclui-se com a explicação do método alternativo que mais se adéque ao Estado Democrático de Direito e atenda a sociedade sem

prejudicar, causar danos e desgaste no âmbito do judiciário.

Palavras-chave: Processo Administrativo; Procedimento Administrativo; Inquérito Civil Público; Contraditório.

ABSTRACT

The choice of the proposed theme is justified by the need to clarify for the science of law how much the procedure of the Public Civil Inquiry is not consistent with the principles established by the Federal Constitution of 1988. Therefore, it seeks to guide people towards questioning and differentiating the current way in which the Civil Inquiry is conducted from the way it should be, in view of the sociological evolution of laws and society. The general objective is to develop a legal study on the use of the contradictory principle in the administrative process, both with regard to the historical evolution of the use of the principles, as well as the way in which legal scholars perceive this principled evolution, in particular with regard to the public civil inquiry, in order to investigate its effects on society as a whole. The results show what the perspectives are before the public civil inquiry and conclude with the explanation of alternative methods that best suit the Democratic Rule of Law and serve society without harming, causing damage and strain on the judiciary.

Keywords: Administrative Process; Administrative Procedure; Public Civil Inquiry; Contradictory.

⁸⁴ Graduada em Direito pela Faculdade Pitágoras. Pós-graduada em Direito Processual pela Faculdade de Nova Serrana – FANS. E-mail: michelemeireles.adv@gmail.com

⁸⁵ Mestre Profissional em Administração. Professor da FANS - E-mail: prof.ciro@fans.edu.br

1. INTRODUÇÃO

Foi discutido no presente artigo a inconstitucionalidade do contraditório mitigado no Inquérito Civil Público, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o contraditório no processo administrativo, assim como no judicial.

O Inquérito Civil Público, em breve síntese, tem como objetivo evitar a judicialização desnecessária e juntar provas para eventual ajuizamento de ação. No entanto, a forma atual deste procedimento não cumpre com o que se propõe.

Portanto, o presente artigo fez uma análise das consequências trazidas aos indivíduos que são investigados no Inquérito Civil Público e, em decorrência disso, os reflexos que causam ao Estado Democrático de Direito e para a sociedade a partir de uma análise constitucional e principiológica, principalmente no que tange aos direitos fundamentais.

Como objetivo geral pretendeu-se desenvolver um estudo jurídico sobre o Inquérito Civil Público, tanto a respeito da evolução histórica como a evolução da maneira como o mundo jurídico percebe este procedimento, com a finalidade de averiguar os reflexos no

investigado e no Estado Democrático de Direito.

Como objetivo específico procurou-se desenvolver um estudo jurídico visando esclarecer para a ciência do direito o quanto o procedimento do Inquérito Civil Público não se encontra condizente com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, em especial o princípio do contraditório. Analisou-se, a forma atual como o Inquérito Civil é conduzido contrapondo com a forma como deveria ser, considerando a evolução sociológica das leis e da sociedade. Por fim, foi possível demonstrar quais são as perspectivas diante do Inquérito Civil Público, explicando métodos alternativos que atendam às necessidades da sociedade sem prejudicá-la.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Este trabalho contemplou como base teórica os principais conceitos ligados ao princípio do contraditório e ao inquérito civil, de maneira mais estritamente ligada quanto à aplicação deste princípio constitucional no âmbito administrativo. O problema apresentado é relevante aos estudos que dizem respeito, principalmente, ao processo nas ações coletivas.

No âmbito processual, a legislação aplicada ao processo coletivo bem como às ações coletivas ainda é escassa. É possível notar que, cada vez mais, diversos doutrinadores buscam demonstrar para os legisladores e para os estudiosos do direito o quanto são necessárias e pertinentes, na atualidade, normas que possibilitem um processo coletivo mais eficaz e eficiente.

A presente pesquisa buscou exteriorizar uma nova perspectiva quanto ao processo coletivo, principalmente no que tange ao Inquérito Civil Público, que normalmente antecede a Ação Civil Pública, mas que teria como objetivo principal evitar a judicialização.

Assim, tendo em vista que a lei que trata do Inquérito Civil Público, que será vista mais adiante, é anterior à redação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nada mais coerente que uma nova perspectiva em acordo com as normas atuais e princípios regentes para efetivação da justiça no Estado Democrático de Direito.

2.1. O PROCEDIMENTO DO INQUÉRITO

O procedimento do inquérito no âmbito criminal possui natureza

inquisitiva, tendo como objetivo primordial colacionar provas e evidências que poderão dar ensejo a ação penal. Nesse sentido é o que observa Marcelo Mazella de Almeida:

Havia, nas Ordenações Filipinas e no Código de Processo de 1832, comandos legais que previam o procedimento informativo inquisitivo, sem, entretanto, denominá-los de “inquérito policial”. O nome que é utilizado hoje veio na esteira do Decreto nº 4.824, de 28 de novembro de 1871, que, por seu turno, regulamentou a Lei nº 2.033, de 1871. Determinava o artigo 42 do aludido Decreto que o inquérito policial consistia em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, suas circunstâncias, seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito (ALMEIDA, 2012, p. 01).

No que se diz respeito ao inquérito civil público o objetivo seria o mesmo; o Ministério Público busca diligenciar para apurar fatos e descobrir crimes, tendo em vista a natureza do procedimento.

Diferentemente do Inquérito do âmbito criminal, o legitimado para diligenciar no procedimento no que diz respeito ao âmbito cível (Inquérito Civil Público) é o Ministério Público e não a polícia judiciária.

requisitá-los
(PLANALTO, 2021,
p. 1).

2.2 INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO

A Lei 7347 de 1985 que Disciplina a Ação Civil Pública, dispõe expressamente acerca do Inquérito Civil, nos seguintes termos:

Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. § 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz

Importante salientar que, a citada Lei foi instituída em 1985, ou seja, antes da promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, e ainda menciona exclusivamente o Ministério Público como o único que irá instaurar o Inquérito Civil Público, dentre todos os outros legitimados para propor a Ação Civil Pública.

O Inquérito Civil também se encontra previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de defesa do Consumidor, na Lei que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, na Lei Orgânica do Ministério Público e na Lei Orgânica do Ministério Público da União. A sua instauração e tramitação encontra respaldo na resolução nº 33 de 2007 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Ocorre que, por mais que o investigado possua informações e documentos úteis, ele deve esperar a instauração da Ação Civil Pública para poder expor seus fatos e argumentos, tendo em vista que não há previsão legal estabelecendo que ele poderá exercer o seu direito ao contraditório no Inquérito Civil.

Assim, o Inquérito Civil acaba por não cumprir com o que se propõe, pois com a ausência do contraditório o investigado poderá preferir recorrer ao judiciário para expor seus argumentos do que assinar um Termo de Ajustamento de Conduta, termo este que normalmente é proposto pelo Ministério Público de forma a penalizar o investigado administrativamente, evitando a proposição de ação judicial.

2.3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Os princípios que regem a legislação de nosso país são muito importantes para interpretação sistemática de nossas leis, sendo que o legislador, ao elaborar o Código de Processo Civil de 2015, prestigiou a sistemática principiológica na legislação, preocupando-se não só com a técnica, mas também com as proposições democráticas e constitucionais, como bem observa Fabrício Veiga Costa:

O estudo dos princípios regentes do processo civil brasileiro é de fundamental importância no entendimento das garantias asseguradas às partes, como forma

de tornar viável o direito de serem coautoras de provimento final de mérito. Os princípios são normas jurídicas de caráter genérico que trazem proposições norteadoras para o entendimento sistemático do ordenamento jurídico brasileiro, seja no plano da justificação quanto no plano da aplicabilidade do direito aos casos concretos. Pensar em processo civil apenas na perspectiva da literalidade das normas jurídicas previstas no CPC/2015, sem correlacionar sua interpretação com todo o arcabouço principiológico vigente, constitui um meio de compreendê-lo apenas na perspectiva técnica, contrapondo-se ao modelo constitucional que apresenta proposições teóricas hábeis a democratizar a forma de julgamento das pretensões (COSTA, 2019, p. 73).

O princípio do contraditório está previsto textualmente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e é de suma importância no âmbito processual pela busca da efetivação da justiça. Importante salientar a visão do Professor Fabrício Veiga Costa acerca desta temática:

Cabe aqui um apontamento crítico: sob a ótica do contraditório as partes não possuem o dever de convencer o juiz de seus argumentos. Pelo contrário, constitui dever de as partes esclarecer objetivamente os pontos controversos suscitados, como meio de garantir um julgamento justo e que seja reflexo de tudo o que já foi alegado e provado no âmbito processual (COSTA, 2019, p. 74).

Assim, pode-se perceber que o princípio do contraditório é essencial na constituição do devido processo legal, fazendo que a busca pela verdade real e a efetivação dos direitos sejam prioridades. Nesse sentido, pertinente a visão de Rosemiro Pereira Leal trazida por Fabrício Veiga Costa em sua obra, nos seguintes termos:

O princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo em seus conteúdos, pela dialeticidade necessária entre os interlocutores que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados”, destacando-se que

uma das formas legítimas asseguradas às partes de exercerem o contraditório é poderem exercer “a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo o direito garantia de se manifestarem” (LEAL, 2006, p. 110 *apud* COSTA, 2019, p. 76)⁸⁶.

Tal princípio, quando em sua previsão constitucional, não só abarcou o processo judicial como também o processo administrativo, de forma a considerar que o legislador teve uma visão abrangente no que se diz respeito à visão principiológica do processo.

Desta forma, imprescindível a visão de Bosque (2009), que considera que qualquer ato que seja emanado do poder estatal, mesmo que exercido pela função administrativa em procedimento, deve possibilitar o contraditório daquele que sofrerá as consequências da decisão que poderá ser emanada.

Para uma melhor elucidação do princípio em questão, necessário observar o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil, (PLANALTO, 2021, p. 1): “aos litigantes, em processo judicial ou

⁸⁶LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo. 6. ed. São Paulo: IOBThomson, 2006.

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

A forma interpretativa e sistemática do referido princípio já vem sendo aplicada em nosso ordenamento jurídico e constantemente difundida por estudiosos do direito, conforme se pode verificar a seguir:

Corroborando com o entendimento de que o princípio do contraditório deverá ser interpretado de forma extensiva e sistemática, Luciano Henrik Silveira Vieira assim se posiciona: Certamente, na atualidade democrático-jurídica constitucional, o contraditório deixou de ser apenas a simples manifestação de uma parte contradizer endoprocessualmente e a manifestação contrária e passou a ser uma garantia que possui cinco funções importantíssimas, que são: 1) faculdade de dizer e contradizer; 2) oportunidade de se manifestar no prazo estipulado pela lei; 3) possibilidade de participar do discurso em igualdade de condições com os demais sujeitos processuais;

4) influenciar no resultado do provimento final proveniente do órgão estatal; e 5) evitar que as partes sejam surpreendidas por uma decisão sustentada por uma questão de argumento que não foi objeto prévio de debate (evitação da chamada decisão surpresa). (VIEIRA, 2014, P136-137 *apud* COSTA, 2019, p. 78)⁸⁷.

Portanto, pode-se concluir que oportunizar o contraditório, assim como implementá-lo tanto no âmbito processual como no administrativo é, não só necessário para o Estado Democrático de Direito, como também, obrigatoriamente difundido em nossa legislação vigente.

2.4 PROCESSO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

A norma constitucional abarcou expressamente o processo administrativo no que se diz respeito à observância das normas e dos princípios constitucionais, não dizendo expressamente nada quanto ao procedimento administrativo.

⁸⁷ VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. O Processo de Execução no Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

O conceito de procedimento administrativo, conforme pontuado por Bosque “No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p.464), procedimento administrativo “é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo.” (MELLO, 2006, p. 58 *apud* BOSQUE, 2009,).⁸⁸

Da mesma forma, importante ter em mente que o procedimento é considerado forma anterior ao processo, o que deve ser destacado, conforme entendimentos citados por Costa:

A compreensão do processo em Fazzalari como espaço de amplo debate isonômico e em contraditório dos pontos controversos da demanda, pelas partes interessadas, pressupõe inicialmente o entendimento do que é procedimento. Todos os atos estatais emanados do ordenamento jurídico, provimento, portanto, devem, necessariamente, ser precedidos de uma sequência de atos preparatórios e

previstos em normas jurídicas. Essa sequência antecessora do provimento Fazzalari denominou provimento (LARA; CARVALHO; PENNA, 2004, p. 261). Nesse sentido: o procedimento seria uma sequência de atos previstos em normas jurídicas e necessários para a obtenção de um procedimento estatal, e não mera exteriorização fenomenológica do processo. O processo advém do procedimento e não este do processo (LARA; CARVALHO; PENNA, 2004, P. 262-263 *apud* COSTA, 2019, p. 43)⁸⁹.

Assim, mesmo que considerado procedimento administrativo ao invés de processo administrativo, por analogia há de se considerar que o procedimento do Inquérito Civil Público também esteja abarcado pelos mesmos princípios norteadores do processo administrativo ou judicial.

3. A CONSTITUIÇÃO E O INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO

⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 1040p.

⁸⁹LARA, Leonardo Augusto Leão; CARVALHO, Newton Teixeira de; PENNA, Saulo Versiani. Processo, Ação e Jurisdição em Fazzalari.

Estudos Continuados de Teoria do Processo – A pesquisa jurídica no Curso de Mestrado em Direito Processual. V. V. Coordenador: Rosemiro Pereira Leal. São Paulo: IOB Thonsom, 2004.

São vários os estudiosos do ramo do direito, inclusive membros do Ministério Público, que vem afirmando que o procedimento do Inquérito Civil Público deve se adequar à norma constitucional vigente, prestigiando a participação dos envolvidos em homenagem ao princípio do contraditório. Deste modo, temos o Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Bruno de Sá Barcelos Cavaco, que ao citar Nicola Picardi, demonstra possuir o mesmo entendimento diante da temática aqui apresentada:

In casu, introjetar tanto quanto possível o contraditório para o bojo do inquérito civil possibilita o fluxo discursivo das partes de um lado conflito metaindividual em um ambiente informado pelo *due process of law*, expungindo, pois, qualquer traço autoritário no agir ministerial (PICARDI, 2004, *apud* CAVACO, 2016, p. 85)⁹⁰.

Além disso, Bruno de Sá Barcelos Cavaco afirma que:

E quanto mais participativo possível for o inquérito civil, melhor será a qualidade da prova nele produzida, seja ela estribo fático-

probatório para a propositura de uma ação civil pública, seja ela substância norteadora do consenso estabelecido extrajudicialmente(CAVACO, 2016, p. 90).

Busca-se, então, um processo e um procedimento democrático, com a participação e colaboração necessária a se nortear as ações estatais. No mesmo sentido, Bruno de Sá Barcelos Cavaco ainda continua:

Desta feita, a observância do contraditório e a efetiva participação de todos os envolvidos naquele determinado conflito coletivo no espaço do inquérito civil podem servir em embrião para que se cogite da utilização de provas emprestadas pelas associações representativas na tutela dos interesses afetos aos respectivos grupos, de modo a iniciar a superação do déficit democrático ora delineado. Por derradeiro, é de observar que a celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), verdadeiramente ordenado ao desmache do conflito coletivo, pressupõe a irradiação de um contraditório mínimo

⁹⁰ PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali Del contraddittorio.

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2004.

(CAVACO, 2016, p. 9).

Assim, resta evidente que há muito tempo o procedimento do inquérito civil público já poderia estar sendo realizado observando as normas e princípios constitucionais de forma a possibilitar a participação democrática dos envolvidos.

O fato de o inquérito civil público estar sendo utilizado meramente de forma a anteceder a Ação Civil Pública não condiz com o objetivo de utilizar de um procedimento para se evitar a proposição de ações judiciais. Essa incoerência foi bem observada por Bruno de Sá Barcelos Cavaco, veja-se:

Tal constatação é sintomática e redundante em incontestável empobrecimento funcional do inquérito civil, vez que transformando-o em mero instrumento para o exercício futuro da ação civil pública, fomenta-se, em decorrência, a vetusta visão de necessária judicialização do conflito coletivo (CAVACO, 2016, p. 97).

Todavia, o que se busca é tão somente uma forma de estabelecer um procedimento condizente com os preceitos constitucionais, principalmente no que diz respeito ao

contraditório, e o que o Bruno de Sá Barcelos Cavaco sugere com seus estudos é a elaboração de uma convenção que normatize e implemente isso no âmbito administrativo, não dando margem às interpretações existentes que sugerem o contrário. Nesse diapasão é o que leciona o já referido autor:

A efetiva participação democrática observada em tais protocolos pode servir de espelho para a refundação do inquérito civil como espaço adequado para a construção da solução consensual dos conflitos pelas próprias partes envolvidas. As convenções coletivas em comento possuem um espaço discursivo mais amplo, de modo a propiciar que as partes inseridas em um conflito coletivo possam definir regras mínimas direcionadas a evitar a judicialização ou, informadas pelo espírito cooperativo, estabeleçam convencionalmente prévias normas aptas a facilitar o deslinde da lide na seara judicial (CAVACO, 2016, p. 102).

Entidades que possuem representação de classe, como Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil dentre tantas

outras, podem elaborar resoluções norteadoras como o sugerido, de forma a estabelecer normas.

Tal solução não só evitará a judicialização desnecessária, mas também irá regulamentar um procedimento criado em 1985 e que até a atualidade não se encontra adequado aos preceitos e normas estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Resta evidente que há cerceamento de prerrogativas constitucionais a todo o tempo enquanto não se implementar de forma eficaz o contraditório no procedimento do Inquérito Civil Público, o que deve ser o quanto antes corrigido.

4. METODOLOGIA

Para a construção do presente trabalho foi imprescindível a pesquisa teórico-bibliográfica. Tendo em vista a importância dos doutrinadores constitucionalistas e processualistas para uma compreensão da aplicabilidade do tema proposto, foram adotadas doutrinas de diferentes autores, assim como artigos científicos que analisam as diversas fases da evolução principiológica do Estado Democrático de Direito.

A pesquisa documental também foi utilizada para que fosse possível demonstrar como as leis estabelecem o procedimento do Inquérito Civil Público, bem como os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ou seja, toda a legislação pertinente ao tema proposto, a fim de se verificar quais direitos são violados e em quais circunstâncias estas violações ocorrem. A partir desta verificação foram detectadas as medidas que devem ser tomadas para se resguardar efetivamente os direitos fundamentais.

Foi utilizado o método dedutivo, pois ao analisar o Inquérito Civil Público o estudo principal da presente pesquisa está voltado ao investigado, com o objetivo de compreender os danos causados diante das privações e violações dos direitos estabelecidos constitucionalmente, que possivelmente trará prejuízos para o estado Democrático de Direito.

A análise histórica foi de suma importância, pois inicialmente foi feita uma digressão pela forma de utilização do inquérito para se estabelecer quais eram e quais são os objetivos do Estado em utilizá-lo, quais as finalidades do procedimento e quais

resultados conseguem produzir no âmbito social.

A análise crítica teve seu destaque, pois após a contextualização de toda a temática principal através das obras e dos autores importantes, foi estabelecida uma frustração (lógica) quanto o método do Inquérito Civil Público atual. Buscou-se, então, estabelecer quais as formas de violações de direitos fundamentais podem ser evitadas e como isso será eficaz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito possui não só normas legais em seu ordenamento, como também princípios explícitos e implícitos que regem todo o ordenamento jurídico.

A instauração e tramitação do Inquérito Civil Público encontra respaldo na resolução nº 33 de 2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, porém nada se fala a respeito do princípio do contraditório em tal resolução.

Em 1988, quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio do contraditório foi assegurado expressamente tanto no processo administrativo como no judicial.

A lei que estabeleceu o procedimento do Inquérito Civil Público é de 1985, não estando o referido procedimento condizente com os preceitos constitucionais estabelecidos em 1988.

Fazemos parte de um Estado que possui uma jovem democracia e um processo garantista é o que se deve buscar incessantemente. Quando se priva qualquer pessoa das prerrogativas constitucionais, está ocorrendo o cerceamento de direitos e isso não pode ser admitido em um Estado Democrático.

O procedimento do Inquérito Civil Público encontra-se atualmente pautado pela inconstitucionalidade, pois não oportuniza o contraditório com o objetivo de evitar a judicialização desnecessária ou juntar provas para eventual ajuizamento de ação.

O Ministério Público, órgão legitimado para conduzir o procedimento do Inquérito Civil Público, colhe provas e conduz a seu modo o procedimento que visa, em tese, apurar fatos e evitar a propositura de ação judicial desnecessária.

Ao acusado não é garantido o direito de esclarecer fatos e colaborar com as investigações, o que seria de grande valia não só para os envolvidos,

mas para um país que se diz democrático.

Diante da pesquisa realizada restou evidente a necessidade da implementação expressa do princípio do contraditório no âmbito do procedimento do Inquérito Civil Público, tendo em vista que mesmo previsto constitucionalmente o mesmo não vem sendo aplicado do modo que deveria.

A legislação aplicada ao processo coletivo ainda é bastante defasada diante da crescente demanda processual deste ramo do direito. Tendo em vista que normalmente o Inquérito Civil Público antecede a Ação Civil Pública, pertinente a este ramo do processo a observância e estudo quanto ao tema proposto.

Com a presente pesquisa percebeu-se o quanto o processo cada vez mais deve estar pautado pelos princípios constitucionais regentes e o quanto isso se faz necessário ao Estado pautado pela democracia.

Assim, para que o procedimento do Inquérito Civil Público esteja direcionado pelos princípios constitucionais, principalmente no que tange ao princípio do contraditório, necessária se faz a elaboração de uma resolução em que se estabeleça e não deixe dúvidas quanto à garantia

constitucional do contraditório no âmbito do Inquérito Civil Público.

Entidades como o Ministério Público podem desenvolver e implementar resoluções neste sentido, assim como foi desenvolvida a resolução nº 33 de 2007 do Conselho Nacional do Ministério Público que dispõe acerca da instauração e tramitação do Inquérito Civil Público.

Diante disso, espera-se, com este estudo, que o direito esteja cada dia mais pautado pelos princípios constitucionais vigentes.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Marcelo Mazella de. **Histórico do inquérito policial no Brasil**, 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consumta/Artigos/29247/historico-do-inquerito-policial-no-brasil> . Acesso em 07/09/2021.

BOSQUE, Wagner Mendonça. **Princípio da razoável duração do procedimento: aplicabilidade e operacionalidade no direito processual democrático**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2009. p. 22, 23, 58.

CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. **O Inquérito Civil como Instrumento Efetivo e Resolutivo na Tutela dos Interesses Transindividuais – Desjudicialização, Contraditório e Participação**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 59, jan./mar.2016.

COSTA, Fabrício Veiga. **Princípios regentes do processo civil no Estado Democrático de Direito**: Ensaios de uma Teoria Geral de Processo Civil. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, 270 p.

JUNIOR, E. Q. de O.; SECANHO, A. A. M. MIGALHAS. **O inquérito civil é contraditório?** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/221515/o-inquerito-civil-e-contraditorio>. Acesso em 27/06/2021.

PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em 16/08/2021

PLANALTO. **Disciplina a ação civil pública**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em 08/09/2021

SILVA, Erick Simões da Camara. **A necessidade do contraditório no inquérito civil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13793/a-necessidade-do-contraditorio-no-inquerito-civil>. Acesso em 21/06/2021.

OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO E O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 794, A, §4º DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Jane Chirley Brandão¹
Marilene Aparecida Santos²
Ciro Antônio Pereira Lemos³

RESUMO

Os honorários de sucumbência no processo trabalhista passaram por alteração legislativa com a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, Reforma Trabalhista. A nova legislação acrescentou o artigo 791-A, § 4º da CLT, dispondo um sistema para os honorários de sucumbência específicos. Este artigo aborda algumas correntes interpretativas acerca do tema em contraponto com as decisões dos Tribunais acerca dos honorários advocatícios de sucumbência no processo do trabalho e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade do artigo 794, A, §4º da Consolidação das leis do Trabalho perante o Supremo Tribunal Federal. A metodologia utilizada contempla uma pesquisa bibliográfica, com finalidade descritiva e abordagem qualitativa.

Palavras Chave: Honorários. Sucumbência. Processo trabalhista. Reforma. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The fees for succumbing to the labor process underwent a legislative change with the entry into force of Law 13.467/2017, Labor Reform. The new legislation added Article 791a, § 4 clt, with a system for specific succumbing fees. This article discusses some interpretative currents on the subject in counterpoint with the decisions of the Courts regarding the attorney's fees of succumbence in the labor process and the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality of Article 794, A, §4º of the consolidation of labor laws before the Supreme Court. The methodology used includes a bibliographical research, with descriptive purpose and qualitative approach.

Keywords: Fees. Succumbing. Labor process. Reform. Unconstitutionality.

1 - INTRODUÇÃO

Os honorários advocatícios de sucumbência no processo do trabalho sempre foram objeto de posicionamentos divergentes entre doutrinadores e juristas da área, causando celeuma e decisões antagônicas, sendo que apenas seriam devidos em situações excepcionais.

Com a entrada em vigor da Lei 13.467 em 11 de novembro de 2017, denominada “Reforma Trabalhista”, o tema fora drasticamente alterado, ampliando as situações em que poderão ser arbitrados, trazendo com a mudança, inúmeras interpretações e questionamentos sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos dispositivos atinentes a fixação de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho.

O presente artigo aborda, de forma sucinta, a análise dos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, anteriormente e posteriormente a vigência da Lei 13.467/2017, apresenta as decisões recentes dos Tribunais do Trabalho, e ainda a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade do artigo 794-A, §4º da Consolidação das Leis do Trabalho que trata do tema.

2- OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO

2.1- Breve histórico

O conceito de honorário tem origem no vocábulo latim *honorarius*, que deriva da palavra honra.

Segundo OLIVEIRA, 2007(p.01):

O vocábulo "honorário" tem origem latina e seus primeiros registros remontam à Roma Antiga. Derivado do latim *honorarius*, cujo radical *honor* também dá origem à palavra honra, o termo tem sua acepção clássica traduzida como sendo toda a coisa ou valor dado em contraprestação e que é recebida em nome da honra, sem conotação pecuniária. Isso acontecia, nos primórdios, porque o recebimento de [honorários](#) como forma de pagamento não fazia parte dos objetivos do indivíduo que exercia a função de *advocatus*. Tais indivíduos agiam de maneira não-profissional e exerciam o *munus* como forma de arte, apenas para receberem o reconhecimento público pelos seus dotes intelectuais e oratórios.

O mesmo autor, OLIVEIRA, 2007(p.01), esclarece que tais indivíduos buscavam, em verdade, a notoriedade, a fama e a honra que deu origem ao vocábulo, e que a verba honorífica possui conotação de prêmio ou agrado, como um troféu, uma medalha, uma placa ou um diploma em reconhecimento ao serviço prestado, ideia hoje já abolida.

A contraprestação devida ao advogado em razão de seu exercício profissional, são os honorários advocatícios.

A palavra sucumbência advém do termo sucumbir, e no sentido jurídico, significa o ônus imposto a parte perdedora no processo judicial.

Os honorários de sucumbência, são aqueles fixados pelo juiz ao final da demanda, por motivo da atuação do advogado no processo, montante que deve ser atribuído e pago pela parte perdedora em juízo ao advogado da parte vencedora.

A condenação em honorários de sucumbência no processo comum, já estava prevista no Código de Processo Civil de 1973.

A matéria encontra-se agora, regulamentada, nos artigos 85 a 90 do

Código de Processo Civil, sendo que o princípio da causalidade justifica a responsabilidade pela sucumbência, como se infere do caput do artigo 85 do diploma processual, que determina que a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor (BRASIL, 2015)

Mas nem sempre fora assim, de acordo com **Salles e De Pinho (2012, p.05):**

No Brasil, inicialmente o princípio da sucumbência não foi adotado. Primeiro diploma a unificar as disposições acerca da condenação em honorários, o Código de Processo Civil de 1939, acolheu em seus artigos 63 e 64, a ideia de que o pagamento de honorários pelo sucumbente seria uma pena a ser aplicada. Deveriam pagar honorários o litigante temerário e o réu, quando a ação resultasse de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual.

Lima (2014, p.143) esclarece que a condenação em honorários na esfera trabalhista, não derivava da sucumbência. Os advogados trabalhistas, de um modo geral, não recebiam o pagamento de honorários sucumbenciais. Sua remuneração consistia no pagamento de seus

clientes, ou seja, os honorários contratuais.

A exceção consta na Súmula no. 219 do TST:

HONORÁRIOS
ADVOCATÍCIOS.
CABIMENTO:

I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente:

a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I).

II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil. (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015). Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016

No processo do trabalho não havia a ideia de sucumbência geral

para todos os processos. Nos dizeres, de Mallet (2017, p. 70), “Se a contratação de advogado é facultativa, quem decide por ela deve arcar com os custos correspondentes, sem poder imputar à outra parte, sucumbente no objeto do processo”.

2.2 - As alterações contidas na reforma trabalhista

A lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, trouxe alteração na disposição sobre a fixação dos honorários de sucumbência no processo do trabalho, superando a Súmula 219 e acrescentou o artigo 791-A à CLT, a seguir transcrito:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

1o Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo

sindicato de sua categoria.

2o Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I – o grau de zelo do profissional;

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa;

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

3o Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

4o Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo,

tais obrigações do beneficiário.

5o São devidos honorários de sucumbência na reconvenção. (BRASIL, 1943, art. 793, CLT)

A advocacia trabalhista comemorou a implementação do art. 791-A da CLT por meio da reforma trabalhista. Entretanto, a fixação dos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho difere dos percentuais do processo comum – entre 10% a 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Outro ponto acrescido e que merece destaque é o artigo 791-A, § 4º da CLT que determinou o pagamento da verba honorária pela parte vencida, ainda que beneficiário da justiça gratuita, com o valor dos créditos existentes em processos do trabalho.

Neste particular, é necessário esclarecer que na justiça comum, no caso de condenação ao pagamento de honorários advocatícios ao beneficiário da justiça gratuita, terá suspensa a sua exigibilidade pelo período de 5 anos.

No caso do processo trabalhista, especificamente o artigo 791-A, § 4º da CLT, o pagamento dos honorários

advocatícios de sucumbência, será realizado, ainda que seja a parte beneficiária da gratuidade de justiça, com os créditos existentes em processos trabalhistas, e somente será suspensa a exigibilidade pelo período de 2 anos do trânsito em julgado da decisão.

O dispositivo legal citado, trouxe divergência no tocante a interpretação pelos juristas de sua constitucionalidade, ou seja, se o dispositivo não estaria contrário a norma da constituição.

A constitucionalidade do artigo 794-A, § 4º, foi arguida na Ação Direta de Inconstitucionalidade – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, proposta pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal.

Enquanto se aguardava o julgamento final da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, o posicionamento dos Tribunais a respeito do tema, foi palco de decisões antagônicas, ora considerando a constitucionalidade do referido dispositivo e chancelando as condenações das partes ao pagamento de honorários sucumbenciais, ainda que beneficiárias da gratuidade de

justiça, ora não aplicando o artigo multicitado.

2.3 –A(in)constitucionalidade na aplicação do artigo 791-A, 4º da CLT

A controvérsia iniciada foi submetida a apreciação do Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade no 5.766, questiona a (in)constitucionalidade de diversos dispositivos da referida lei, dentre eles o artigo 791-A, §4º, inserido pela Lei 13.467/2017.

Enquanto se aguardava o pronunciamento da mais alta corte do país sobre o tema, muitas decisões foram no sentido de que não existe inconstitucionalidade, porque, o artigo 85, § 14, do Código de Processo Civil, e dispõe que os honorários têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios do crédito trabalhista e ainda porque a lei 13.467/2017 se fundamenta no processo célere e responsável. Outras decisões dispuseram a interpretação pela inconstitucionalidade.

Portanto, quando se trata da constitucionalidade dos honorários devidos pelo beneficiário da justiça gratuita, a jurisprudência dos tribunais

estaduais e do TST se mostrava sempre indecisa.

2.3.1 - O posicionamento dos Tribunais Trabalhistas Estaduais e TST sobre a (in)constitucionalidade na aplicação do artigo 791-A, § 4º da CLT

Como dito alhures, são inúmeras as decisões conflitantes, que foram proferidas enquanto se aguardava o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade do artigo 791-A, § 4º da CLT.

Os julgadores se desdobravam sobre o tema, cada qual seguindo o seu posicionamento, e forma firme e bem fundamentada, conforme destaque do julgado em que foi relator o Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho.

RECURSO DE
REVISTA DA
RECLAMADA –
CONDENAÇÃO DO
BENEFICIÁRIO DA
JUSTIÇA GRATUITA
AO PAGAMENTO
DE HONORÁRIOS
ADVOCATÍCIOS
SUCUMBENCIAIS –
ART. 791-A, § 4º, DA
CLT – SUSPENSÃO
DA EXIGIBILIDADE
DA VERBA
HONORÁRIA -
IMPOSSIBILIDADE -
TRANSCENDÊNCIA
JURÍDICA
RECONHECIDA -

VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL - PROVIMENTO.

1. Como é cediço, a Reforma Trabalhista, promovida pela Lei 13.467/17, ensejou diversas alterações no campo do Direito Processual do Trabalho, a fim de tornar o processo laboral mais racional, simplificado, célere e, principalmente, responsável, sendo essa última característica marcante, visando coibir as denominadas "aventuras judiciais", calcadas na facilidade de se acionar a Justiça, sem nenhum ônus ou responsabilização por postulações carentes de embasamento fático.

2. Não se pode perder de vista o crescente volume de processos ajuizados nesta Justiça Especializada, muitos com extenso rol de pedidos, apesar dos esforços empreendidos pelo TST para redução de estoque e do tempo de tramitação dos processos.

3. Nesse contexto foram inseridos os §§ 3º e 4º no art. 791-A da CLT pela Lei 13.467/17, responsabilizando-se a parte sucumbente, seja a autora ou a demandada, pelo pagamento dos honorários advocatícios, ainda que beneficiária da justiça gratuita, o que

reflete a intenção do legislador de desestimular lides temerárias, conferindo tratamento isonômico aos Litigantes. Tanto é que o § 5º do art. 791-A da CLT expressamente dispôs acerca do pagamento da verba honorária na reconvenção. Isso porque, apenas se tiver créditos judiciais a receber é que terá de arcar com os honorários se fizer jus à gratuidade da justiça, pois nesse caso já não poderá escudar-se em pretensa insuficiência econômica.

4. Ainda, convém ressaltar não ser verdadeira a assertiva de que a imposição de pagamento de honorários de advogado àquele que se declara pobre na forma da lei implica desvio de finalidade da norma, onerando os que necessitam de proteção legal, máxime porque no próprio § 4º do art. 791-A da CLT se visualiza a preocupação do legislador com o estado de hipossuficiência financeira da parte vencida, ao exigir o pagamento da verba honorária apenas no caso de existência de crédito em juízo, em favor do beneficiário da justiça gratuita, neste ou em outro processo, capaz de suportar a despesa que lhe está sendo imputada, situação,

prima facie, apta a modificar a sua capacidade financeira, até então de miserabilidade, que justificava a concessão de gratuidade, prestigiando, de um lado, o processo responsável, e desestimulando, de outro, a litigância descompromissada.

5. No caso sub judice, a Corte Regional manteve a condenação da Autora, beneficiária da justiça gratuita, ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em benefício da Reclamada, no percentual de 5% do valor atualizado dos pedidos julgados improcedentes, mas manteve a suspensão da exigibilidade do pagamento da verba honorária, dada a manutenção de sua condição de beneficiária da justiça gratuita.

6. Por todo o exposto, os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela Parte Autora incidem sobre o crédito trabalhista constituído na ação que seja suficiente ao pagamento dos honorários, nos termos expressos do art. 791-A, § 4º, da CLT, que goza de presunção de constitucionalidade e não excepcionou tal crédito à alteração da condição financeira do beneficiário da

justiça gratuita, de modo que a decisão regional atenta contra a norma legal, tornando-a inócua, merecendo, assim, reforma. Recurso de revista provido. Processo: R R - 11123-24.2019.5.03.0065 (Lei 13.467/2017 - Conector PJe-JT - eSIJ - Julgado com análise de transcendência - Tramitação Eletrônica) "BRASIL, ROT-11123/2019-0065-03 Órgão Judicante: 4ª Turma Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho).

No mesmo sentido o Egrégio Tribunal Regional da 3ª Região (Minas Gerais) se pronunciou nesta linha de entendimento:

BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - POSSIBILIDADE DE CONDENÇÃO DA PARTE - CONSTITUCIONALIDADE. Não vulneram a Constituição Federal os artigos 791-A, §4º, da CLT e 790-B com redação dada pela Lei 13.467/2017, pois o direito aos benefícios da gratuidade de Justiça não se confunde com o dever derivado da condenação ao pagamento dos honorários sucumbenciais. A novel legislação trabalhista, em

verdade, apenas entrou em compasso com a normatização pátria geral a respeito do tratamento do beneficiário da Justiça gratuita, aventando-se a possibilidade de situação de pobreza ser ultrapassada ao longo do tempo, por razões endógenas ou exógenas ao processo, de onde se conclui que o mencionado dispositivo celetista também não ofende o art. 98, §1º, VI, do CPC. O art. 791-A da CLT não impede ou dificulta o acesso à justiça, mesmo porque a exigibilidade dos honorários advocatícios, no caso de o devedor ser beneficiário da justiça gratuita e não ter obtido em juízo crédito suficiente para suportar o pagamento da aludida verba, ficará sob condição suspensiva, em conformidade com o § 4º do dispositivo em comento. A interpretação do art. 791-A da CLT deve se compatibilizar com a natureza alimentar de que se revestem os créditos decorrentes da relação de emprego. Com isto, os honorários advocatícios somente podem ser cobrados do trabalhador beneficiado pela Justiça Gratuita se o seu pagamento não colocar em risco a sobrevivência

própria e familiar, ficando sob condição suspensiva de exigibilidade, prevista no § 4º do artigo 791-A da CLT. (BRASIL, TRT da 3.ª Região; PJe: 0010661-79.2018.5.03.0137 (RO); Disponibilização: 31/07/2020; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Marcio Flavio Salem Vidigal)

Nos julgados ora citados, preservava-se o entendimento de que não há incompatibilidade do art. 791-A, § 4º, da CLT com o art. 5º, LXXIV, da CF, pois a imposição não contraria os preceitos constitucionais de acesso à jurisdição ou de assistência jurídica gratuita, porquanto as obrigações decorrentes da sucumbência somente são exigíveis do beneficiário da justiça gratuita se este obtiver em juízo créditos capazes de suportar a despesa.

Assim, o entendimento desta corrente, foi no sentido de que, a disposição da CLT sobre a condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de honorários sucumbenciais, seria constitucional.

Não obstante, houveram, em sentido contrário, igualmente, reiteradas decisões pela

inconstitucionalidade, conforme transcrito:

RECURSO DE REVISTA. LEI 13.467/2017. RITO SUMARÍSSIMO. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 791-A, §4º DA CLT. A questão cinge-se ao alcance dos benefícios da justiça gratuita no processo do trabalho, ante a recente reforma trabalhista (Lei 13.467/2017), a qual trouxe algumas balizas diferenciadas quanto aos efeitos e aplicações de referida condição (gratuidade da justiça) na hipótese em que o beneficiário seja vencido. A discussão a respeito da interpretação conferida pelo TRT de origem ao caso dos autos perpassa necessariamente pela análise do benefício da justiça gratuita à luz do arcabouço jurídico e constitucional do Estado Democrático Brasileiro, especialmente em relação ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” O benefício da justiça gratuita, nos casos em que a parte padece de insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo (art. 790, §4º, da CLT), tem

como objetivo trazer efetividade e contorno normativo à garantia constitucional de acesso à justiça, na Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10025A4CCCD4292B8F. Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Superior do Trabalho fls.2 PROCESSO Nº TST-RR-10378-28.2018.5.03.0114 Firmado por assinatura digital em 28/08/2019 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. concepção de acesso a uma ordem jurídica justa, pois assim como o princípio da igualdade não se realiza apenas pela igualdade que se opera no plano formal, o princípio da inafastabilidade da jurisdição também não se confunde apenas com o direito de petição ao Poder Judiciário. Há de se interpretar tal princípio de forma a se garantir a igualdade efetiva, tratando-se com desigualdade aqueles que se encontram em posições desiguais. A norma infraconstitucional que disciplina a gratuidade deve veicular padrão normativo de acesso à justiça que proporcione a maior efetividade possível ao direito social em questão, tendo-se presente que o direito social reveste-

se do atributo de direito humano e fundamental. Em rigor, o ordenamento jurídico, visto sob os prismas de unidade e coerência sistêmicas, associa o instituto da gratuidade, nas relações assimétricas de natureza processual (como na hipótese de processos trabalhistas), à premissa factual da vulnerabilidade de uma das partes para produzir prova, que é uma evidente consequência da debilidade da mesma parte na relação jurídica de direito material. A hipossuficiência econômica é apenas um dos claros indicativos, decerto o mais forte deles, da vulnerabilidade que se apresenta durante a relação laboral, vale dizer: da vulnerabilidade que inviabiliza, ou dificulta significativamente, o encargo de provar as ações ilícitas acaso suportadas. No Brasil, o resultado prático da atribuição de ônus financeiro, ainda que condicionado à obtenção de crédito (porventura salarial e alimentar) a quem está em condição de vulnerabilidade, não pode ser aquilatado somente com base na redução exponencial da quantidade de ações trabalhistas a partir da Lei n. 13.467/2017, o que pode expressar apenas a existência de demanda reprimida. O sítio virtual da Corregedoria Geral da

Justiça do Trabalho revela, com números inquestionáveis, que a incerteza do trabalhador quanto à sua capacidade de produzir a prova do direito que entende violado, subsistindo após ganhar eficácia a Lei n. 13.467/2017, expressa-se no aumento dos tipos processuais que não geram honorários advocatícios, inclusive ações coletivas. Podemos verificar pelas estatísticas públicas constantes do site da Corregedoria Geral o incremento muito expressivo, por exemplo, do procedimento intitulado “Produção Antecipada de Prova”, em que não há ônus sucumbencial. A Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10025A4CCCD4292B8F. Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Superior do Trabalho fls.3 PROCESSO Nº TST-RR-10378-28.2018.5.03.0114 Firmado por assinatura digital em 28/08/2019 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. gratuidade para a parte juridicamente vulnerável, está demonstrado, guarda íntima relação de compatibilidade com a potencial incapacidade de essa parte provar os atos ilícitos que

entende haver sofrido. A partir da gratuidade judiciária e da distribuição equânime do ônus da prova, revela-se afinidade entre a sociedade igualitária e a justiça social, entre a desigualdade socioeconômica e a igualdade jurídico-formal, tudo a evidenciar que tais direitos ou garantias habitam os escaninhos dos direitos humanos e fundamentais. Por tal razão, a única interpretação possível para os dispositivos de lei sobre gratuidade judiciária é a interpretação sistêmica, aquela que confira maior efetividade ao direito constitucional de acesso à justiça como direito de acesso ao direito, sem ônus, atual ou futuro, em razão da inaptidão da parte vulnerável para provar fatos pretéritos. Qualquer exegese dissonante contrasta, data venia, com a garantia de tutela judicial e se contamina de invalidade, portanto. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, com jurisdição que se impõe no Brasil desde 1998 (vide Decreto n. 4463/2002) e com precedentes que exercem por isso influência na formação da jurisprudência interna, atrelou a garantia de tutela judicial ao comedimento ou isenção das despesas processuais, conforme se constata no julgamento do caso *Cantos vs Argentina*.

Ao decidir assim, a CIDH teve em vista os artigos 8 e 25 da Carta Americana de Direitos Humanos, os quais correspondem, em essência, à garantia de tutela judicial assegurada pelo art. 5º, XXXV da Constituição brasileira. A CIDH assinalou que a garantia estabelecida no art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos aplica-se “não somente no que toca aos direitos contidos na Convenção, senão também daqueles direitos reconhecidos pela Constituição ou pelas leis”. A orientação jurisprudencial que emana das cortes judiciais, sejam nacionais ou internacionais, não se transmuda sempre em norma jurídica, com envergadura de *stare decisis*, mas é certo que seus julgados se apresentam como precedentes sobremodo persuasivos. Outro aspecto que claramente tangencia a possível influência da jurisprudência internacional é aquele relacionado ao fato incontroverso de o sistema jurídico brasileiro de tutela dos direitos sociais ter alcançado, antes da Lei n. 13.467/2017, estágio mais avançado de proteção jurídica ao garantir a gratuidade plena de todos quantos pretendessem provocar a Este documento pode ser acessado no endereço

eletrônico
<http://www.tst.jus.br/va>
 lidador sob código
 10025A4CCCD4292B
 8F. Poder Judiciário
 Justiça do Trabalho
 Tribunal Superior do
 Trabalho fls.4
 PROCESSO Nº TST-
 RR-10378-
 28.2018.5.03.0114
 Firmado por assinatura
 digital em 28/08/2019
 pelo sistema
 AssineJus da Justiça
 do Trabalho, conforme
 MP 2.200-2/2001, que
 instituiu a Infra-
 Estrutura de Chaves
 Públicas Brasileira.
 jurisdição trabalhista
 em busca de direitos
 humanos de índole
 laboral. O retrocesso
 virtualmente
 promovido pela citada
 Lei n. 13.467/2017
 infringe o art. 2º.1 do
 Pacto Internacional
 Sobre Direitos
 Econômicos, Sociais e
 Culturais, ratificado
 pelo Brasil. Recurso de
 revista conhecido e
 provido, para suscitar
 ao Pleno do TST a
 inconstitucionalidade
 do art. 791-A, §4º da
 CLT.(BRASIL, Proc:
 10378-
 28.2018.5.03.0114.
 Relator: Augusto César
 Leite de Carvalho,
 publicado no DJ em
 12/09/2019)

O Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, em decisão da 6ª Turma, seguiu esta corrente e igualmente decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo:

EMENTA
 :HONORÁRIOS
 DESUCUMBÊNCIA.
 BENEFICIÁRIO DA
 JUSTIÇA

GRATUITA.
 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 791-A, § 4º DA CLT. Vencido o beneficiário da justiça gratuita, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, ainda que a parte reclamante tenha obtido, em juízo, créditos capazes de suportar a despesa, neste ou em outro processo, tendo em vista a inconstitucionalidade da expressão: " desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa ". Tribunal Pleno. Processo nº 0020068-88.2018.5.04.0232. Recurso a que se dá parcial provimento. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 6ª Turma, 0021270-02.2019.5.04.0221 ROT, em 22/09/2021, Desembargadora Simone Maria Nunes - Relatora).

2.3.2 – O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e o posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN - 5766

A Procuradoria-Geral da República propôs no ano de 2017 Ação Direta de Inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal, pelas

alterações dos artigos 790-B, caput e § 4º e 844, § 2ª, da Consolidação das Leis do Trabalho, e igualmente do 791-A, § 4º, por violação das normas constitucionais, tendo a ação sido distribuída conforme ADIN- 5766.

Consta dos fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, (BRASIL, STF, 2017) que os créditos trabalhistas na Justiça do trabalho possuem caráter de mínimo existencial, compatível com o princípio da dignidade humana. O procurador destacou ainda que tais verbas possuem caráter alimentar e não são diferentes das prestações estatais de direitos sociais voltadas para a garantia de condições materiais mínimas para a sobrevivência da população pobre e, além disso, que o próprio STF preconiza a proteção ao mínimo existencial e a amplo acesso à justiça, o que é afrontado pela lei infraconstitucional.

Há ainda, a interpretação sobre a inconstitucionalidade do artigo da CLT, porque não se estabeleceu um limite máximo ao desconto de honorários do eventual crédito a ser recebido pelo reclamante.

Dentre os votos proferidos antes do julgamento da Ação, vale destacar os votos do Ministro Relator Luís

Roberto Barroso e do Ministro Edson Fachin. Luís Roberto Barroso assim pronunciou-se:

1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. (BRASIL, STF, Ministro Roberto Barroso, ADI 5766)

O voto do Ministro se atentou justamente à principal justificativa da nova Legislação trazida pela reforma, que é a forma de desincentivar o alto número de processos que ocorriam no judiciário trabalhista. Ou seja, a decisão observa o cunho político da reforma, permitindo e entendendo como constitucional, não só a cobrança dos honorários sucumbenciais ao hipossuficiente, mas também outros meios que possam desincentivar o

grande volume de reclamações trabalhistas.

O voto considerou a constitucionalidade da norma, mas limitou o valor para pagamento dos honorários sucumbenciais, de que pode ser retirado dos créditos obtidos no processo trabalhista ao percentual de valor de 30% do que exceder o teto do Regime Geral da Previdência Social.

O voto do relator Ministro Luís Roberto Barroso estabelece limites para o pagamento de honorários sucumbenciais pelo beneficiário da justiça gratuita, observando a base de créditos que o coloca em posição de hipossuficiente, deixando que a execução ocorra somente sobre o que ultrapassa esse limite, à exceção das parcelas de natureza indenizatória, ou verba não alimentar, que não tem limitação.

Acompanharam o voto do relator Ministro Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Nunes Marques e Gilmar Mendes.

Divergente do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o Ministro Edson Fachin, posicionou-se sobre a procedência integral do pedido de inconstitucionalidade, posicionando-se e, seu voto da seguinte forma:

As limitações impostas pela Lei 13.467/2017 afrontam a consecução dos objetivos e desnaturam os fundamentos da Constituição da República de 1988, pois esvaziam direitos fundamentais essenciais dos trabalhadores, exatamente, no âmbito das garantias institucionais necessárias para que lhes seja franqueado o acesso à Justiça, propulsor da busca de seus direitos fundamentais sociais, especialmente os trabalhistas. Assim sendo, o pedido da presente ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgado procedente. É como voto. (BRASIL, STF, Ministro Edson Fachin, ADI 5766)

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, acompanharam o voto Ministro Luiz Fux.

Em um posicionamento intermediário, o Ministro Alexandre de Moraes, considerou inconstitucional a cobrança de honorários advocatícios e periciais do beneficiário da justiça gratuita (artigos 790-B, caput e § 4º, 791-A, § 4º da CLT); mas, por outro lado, julgou constitucional o artigo 844, §2º, da CLT, que dispõe sobre

a obrigação de pagamento das custas judiciais pelo trabalhador que falta injustificadamente à audiência, ainda que beneficiário da gratuidade de justiça.

Acompanharam o posicionamento do Ministro Alexandre de Moraes os Ministros Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Por fim, após amplo debate, prevaleceu o voto intermediário do Ministro Alexandre de Moraes, por 6 a 4, acompanhando pelos Ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e as ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber.

O extrato de julgamento disponível no sitio do STF, ocorrido em 20 de outubro de 2021, consta o teor seguinte:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os artigos 790-B, caput e §4º, e 791-A, §4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os ministros Roberto Barroso (relator), Luiz Fux (presidente), Nunes Marques e Gilmar

Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao artigo 844, §2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF) (BRASIL, STF, ADI 5766, Plenário em 20.10.2021).

Registre-se que até data de finalização deste artigo, não haviam sido modulados os efeitos da decisão. Todavia, com o julgamento da ADI 5.766 pela Suprema Corte, mesmo que ainda não modulados os efeitos, as ações trabalhistas que estejam em curso já são afetadas pela referida decisão vinculativa, cuja aplicação é imediata, não havendo a necessidade de sobrestamento de processos.

3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 13.467/2017, trouxe inúmeras mudanças na Consolidação da Leis Trabalhistas, em especial a alteração sobre os honorários advocatícios no processo do trabalho, que passaram, de acordo com a lei, a

ser devidos com a mera sucumbência, consoante disposto no artigo 791-A da CLT, ficando ultrapassado o teor da Súmula 219 do TST.

Segundo o artigo 791, A, § 4º, da CLT a condenação de honorários no processo do trabalho é devida, quando a parte é beneficiária da gratuidade de justiça, apenas quando a outra parte obtiver crédito, divergindo da sucumbência típica do processo civil e assumindo feições de efetiva sucumbência creditícia.

As alterações trazidas pela Lei Nº 13.467/2017 no cenário da sucumbência foi uma vitória para os advogados, mas tiveram por parte dos operadores do direito, em parte, questionada a sua constitucionalidade, por ofender os preceitos fundamentais trazidos pela constituição, como por exemplo, os princípios do acesso à justiça, do valor social do trabalho e da isonomia, sempre reforçados pelo protecionismo ao trabalhador presente na Consolidação das Leis Trabalhistas.

Por outro lado, grande parte dos juristas manifesta que a Lei veio a coibir as aventuras jurídicas, trazendo um processo célere e responsável, havendo fundamentos ainda, de que os honorários advocatícios têm o mesmo caráter alimentar das verbas objeto de

condenação sucumbencial no processo do trabalho, não havendo como ser reconhecida a inconstitucionalidade da lei.

Pesados e sopesados os argumentos, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade do 791, A, § 4º, da CLT, ADI 5766, com o resultado de 6 votos que consideraram a inconstitucionalidade e 4 votos pela constitucionalidade, demonstra que o tema não é consenso e unanimidade. Respeitados os limites constitucionais de amplo acesso a justiça pelo beneficiário da gratuidade, os operadores do direito devem seguir a interpretação do STF, mas evitar aventuras jurídicas e processos infundados, aplicando por exemplo, a responsabilização pelo dano processual e a litigância de má-fé.

O importante neste momento, é que, o pronunciamento final sobre a celeuma com o julgamento da Ação direta de Inconstitucionalidade número 5.766 perante o Supremo Tribunal Federal, trará segurança jurídica aos operadores do direito e a pacificação social, tão almejada pelas partes no processo.

4 –REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do trabalho, Brasília,DF, Senado, 2021.

BRASIL. Lei 13.467 de 13 de julho de 2017. <https://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-13467-2017.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - RECURSO ESPECIAL: REsp 686209 RS 2004/0111329-9. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ: 03/11/2009. JusBrasil, 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915977/recurso-especial-resp-686209-rs-2004-0111329-9-stj>>. Acesso em: 28 de out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Ação direta de inconstitucionalidade 5766. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DEJ de 01-09-2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em 29/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Ação direta de inconstitucionalidade 5766. Relator: FACHIN,Edson. Publicado no **DJ Nr. 97 do dia 18-05-2018**. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em 26/11/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 219 - Res. 204/2016 - DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região) Processo: RR - 11123-24.2019.5.03.0065 (Lei 13.467/2017 - Conector PJe-JT - eSIJ - Julgado com análise de transcendência - Tramitação Eletrônica) Número no TRT de Origem: ROT-11123/2019-0065-03 Órgão

Judicante: 4ª Turma Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região) (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010661-79.2018.5.03.0137 (RO); Disponibilização: 31/07/2020; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Marcio Flavio Salem Vidigal)

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região) (TRT da 4ª Região, 6ª Turma, 0021270-02.2019.5.04.0221 ROT, em 22/09/2021, Desembargadora Simone Maria Nunes - Relatora)

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho Instrução Normativa N° 41 de 21 de Junho de 2018.

CATUNDA, Ricardo – Brincar, Vivenciar na escola. Rio de Janeiro: Sprint, 2005.

Conceito de honorários. Conceito de acesso em 29/09/2021 disponível em <https://conceito.de/honorarios>

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 15.ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

Honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho. 01 de Dezembro de 2020. Migalhas. Acesso em 29/09/2021, disponível em <https://www.migalhas.com.br> <https://www.migalhas.com.br/depeso/337091/honorarios-sucumbenciais-na-justica-do-trabalho>

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Lições de direito processual do trabalho: teoria e prática. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MALLET, Estêvão; HIGA, Flávio da Costa. Os honorários advocatícios pós reforma trabalhista. Revista do TST. São Paulo, vol. 83, no 4, out/dez 2017.

O Advogado No Processo Do Trabalho: O Que Mudou Com A Reforma Trabalhista. 01 de março de 2020. AmbitoJuridico. Acesso em 29/09/2021, disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/o-advogado-no-processo-do-trabalho-o-que-mudou-com-a-reforma-trabalhista/>

OLIVEIRA, Antônio José Xavier. Linhas gerais acerca dos honorários advocatícios: generalidade, natureza alimentar, espécies e o novo Código Civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1288, 10 jan. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9378>. Acesso em: 29 set. 2021.

SALLES, Tatiana; DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Honorários advocatícios. Evolução histórica, atualidades e perspectivas no projeto do Novo CPC.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume IX. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20379/14710>. Acesso em: 29. set. 2021.

Os honorários trabalhistas e a recente decisão do STF no ARE 1.014.675. maio de 2018. Jus. Acesso em 29/09/2021, disponível em: <https://jus.com.br> acesso em 29/09/2021 disponível em <https://jus.com.br/artigos/66517/os-honorarios-trabalhistas-e-a-recente-decisao-do-stf-no-are-1-014-675>